



UNAP

ESCUELA DE POSGRADO

“José Torres Vásquez”



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SECCIÓN DE POSTGRADO**

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

**LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PENAL EN LAS PERSONAS
JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

ABOG. JOSÉ NAPOLEON JARA MARTEL, MGR.

ASESOR:

DR. JOSÉ EDMUNDO RUÍZ ROJAS

PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE DOCTOR EN DERECHO

IQUITOS, PERU

2016

MIEMBROS DEL JURADO

.....
Dr. ANTONIO PADILLA YEPEZ
PRESIDENTE

.....
Dr. SEGUNDO ROBERTO VASQUEZ BRAVO
MIEMBRO

.....
MARIA ESTHER CHIRINOS MARURI
MIEMBRO

.....
Dr. JOSE EDMUNDO RUIZ ROJAS
ASESOR

AGRADECIMIENTO

A LOS PROFESORES DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, POR HABER DESARROLLADO LAS ASIGNATURAS JURIDICAS DE MANERA EXCELENTE, CON ALTA CALIDAD ACADEMICA

RECONOCIMIENTO

- **MI ESPECIAL RECONOCIMIENTO A LAS AUTORIDADES DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE PROMOVER MI SUPERACION PROFESIONAL EN EL CAMPO DEL DERECHO.**

ÍNDICE

Jurados.....	II
Agradecimiento	III
Reconocimiento	IV
Índice.....	V
Resumen	VIII
Abstract.....	IX
Summary.....	X
Introducción.....	XI

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática	12
1.2. Planteamiento del problema.	17
1.2.1. Problema principal	
1.2.2. Problemas secundarios	
1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes	17
1.4. Delimitación de la investigación	18
1.5. Alcances de la investigación	18
1.6. Objetivos de la investigación	19
1.6.1. Objetivo general	
1.6.2. Objetivos específicos	
1.7. Justificación e importancia de la investigación	20
1.8. Limitación de la investigación.....	20

Título II

Marco Teórico

Capítulo I

De la primacía constitucional y garantías constitucionales

2.1.1. Fundamentos del carácter vinculante de la constitución.....	21
2.1.2. Las garantías procesales	26

Capítulo II

Imputación objetiva y el principio de imputación necesaria

2.2.1. Teoría de la imputación objetiva	46
2.2.2. Del principio de imputación necesaria. Elementos	93
2.2.3. Del principio de imputación necesaria en la doctrina del Tribunal Constitucional	99
2.2.4. El principio de imputación necesaria y su relación con el derecho de defensa	109
2.2.5. El principio de imputación necesaria en el nuevo CPP	113
2.2.6. Responsabilidad Penal de las personas Jurídicas.....	130

Título III

Metodología de la investigación

3.1.	Tipo y nivel de investigación.....	141
3.2.	Diseño de la investigación	141
3.2.1.	Universo, población y muestra.....	141
3.2.2.	Técnicas e instrumentos de recolección.....	142
3.2.5.	Técnica de procesamiento y análisis de datos.....	143

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación

4.1.	Contrastación de hipótesis	144
4.1.1.	Hipótesis general	
4.1.2.	Hipótesis secundarias	
4.2.	Variables e indicadores	145
4.3.	Operacionalización de variables e indicadores.....	145
4.4.	Análisis, interpretación y evaluación de los resultados. Estadística...	147
	Conclusiones	164
	Recomendaciones	166
	Bibliografía	167

RESUMEN

Este trabajo, como vemos, busca explicar en qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, aplicaron deficientemente el contenido de la Teoría de la imputación objetiva, respecto al representante legal de una persona jurídica, al momento de dictar sus requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria durante los años 2011-2013, de tal manera que podamos plantear sugerencias a las autoridades correspondientes para la solución de esta problemática.

Para ello, hemos estructurado el presente trabajo del siguiente modo:

- El primer título está referido al planteamiento del problema, sus antecedentes y formulación, los objetivos, justificación, importancia y limitaciones de la investigación.
- El segundo título contiene el marco teórico de esta investigación; así, consideramos el carácter vinculante de la Constitución, las garantías constitucionales, la teoría de la imputación objetiva, el principio de imputación necesaria, derecho de defensa, etc.
- El tercer título comprende la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos, población, muestra, diseño estadístico, etc.
- El cuarto título es propiamente la contrastación de la hipótesis, así como el análisis de los resultados obtenidos.
- Finalmente, se encuentran las conclusiones y recomendaciones a la que hemos arribado.

ABSTRACT

This work, as we see, seeks to explain the extent to which prosecutors specialized in Criminal Judicial District of Loreto, poorly applied the content of the Theory of Causation, concerning the legal representative of a legal person, when delivering their requirements formalization and continuation of the preliminary investigation for the years 2011-2013, so that we can make suggestions to the appropriate authorities to solve this problem.

To do this, we have structured this paper as follows:

- The first title is based on the statement of the problem, its background and development, objectives, rationale, significance and limitations of the research.
- The second title contains the theoretical framework of this research; Thus, we consider the binding nature of the Constitution, constitutional guarantees, the theory of Causation, the principle of imputation necessary, right to defense, etc.
- The third title includes the methodology used in the research: the type and design research techniques and instruments, population, sample, statistical design, etc.
- The fourth title is properly contrasting the assumptions and analysis of the results obtained.
- Finally, there are the conclusions and recommendations which have arrived.

SUMARIO

Este trabalho, como se vê, procura explicar a medida em que os promotores especializada em Criminal Comarca de Loreto, mal aplicado o conteúdo da Teoria da Causação, relativa ao representante legal de uma pessoa colectiva, ao entregar as suas necessidades formalização e continuação da investigação preliminar para os anos de 2011-2013, para que possamos fazer sugestões às autoridades competentes para resolver este problema.

Para fazer isso, estruturamos este papel da seguinte forma:

- O primeiro título é baseado na declaração do problema, seu fundo e desenvolvimento, objetivos, justificativa, importância e limitações da pesquisa.
- O segundo título contém o quadro teórico desta pesquisa; Assim, consideramos a natureza vinculativa da Constituição, as garantias constitucionais, a teoria da causalidade, o princípio da imputação necessário, direito de defesa, etc.
- O terceiro título inclui a metodologia utilizada na pesquisa: o tipo de design e técnicas e instrumentos de pesquisa, a população, amostra, design estatística, etc.
- O quarto título está devidamente contrastando os pressupostos e análise dos resultados obtidos.
- Finalmente, existem as conclusões e recomendações que tenham chegado.

INTRODUCCIÓN

Constitucionalmente, se le ha asignado al Ministerio Público la tarea de perseguir y dirigir la investigación del delito, aun desde su etapa policial, por lo que –para efectos de garantizar el ejercicio real y efectivo de la defensa- se hace necesario que el investigado y luego procesado tenga pleno conocimiento de los hechos que se le imputan, así como de sus circunstancias, el nivel de participación que le atribuyen y los elementos iniciales de convicción que lo vinculan con tales hechos, puesto que solo así se podrá establecer el contradictorio, absolver tales imputaciones y ofrecer pruebas de descargo; es decir, ejercitar las estrategias que correspondan para su mejor defensa.

En atención a lo dispuesto por el artículo 27 del Código Penal, se establece la responsabilidad de quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, aunque los especiales que fundamentan la penalidad no concurren en él, pero sí en la persona jurídica. Es lo que se denomina responsabilidad objetiva.

En consecuencia, en la presente investigación, a partir de una explicación de la primacía y el carácter vinculante de la Constitución del Estado, ingresaremos propiamente al análisis de nuestro tema en concreto, para lo cual nos apoyaremos en la doctrina y jurisprudencia relacionada con el mismo, así como en datos estadísticos que reflejen la magnitud del problema en estudio.

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

El artículo 27 del Código Penal literalmente establece:

“El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.”

En esta misma línea se han pronunciado de manera reiterada los órganos jurisdiccionales supremos de nuestro país; así, a manera de ejemplo y por todos es de considerar que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Exp. N° 3469-99. Santa – Chimbote sostuvo:

“Si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de acuerdo al principio “societas delinquere non potest”, ya que esta calidad sólo la puede tener la persona física; también lo es que una vez identificada la persona que actuó como órgano de representación como socio representante autorizado de una empresa, recayendo dicha función en la persona del encausado, al

haber actuado en su condición de administración y representante legal de una Empresa, le recae responsabilidad a título de autor en virtud de lo establecido en el artículo veintisiete del Código Penal.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. No.3633-2009-PHC/TC – Agustín José Patricio Falcone Valdez, declaró fundado el hábeas corpus planteado en razón de que en el auto apertorio de instrucción no se describía en qué consistía la imputación que pesaba en contra del beneficiado y solo se hacía referencia a que era el representante de la empresa; de este modo:

“En el caso, se ha alegado que el auto apertorio de instrucción no expone los cargos y pruebas que sustentan la denuncia en contra del demandante en autos, por lo que corresponde evaluar su contenido. Así, a f. 225 se advierte copia de la resolución precitada, en la que se narran los hechos materia de investigación, y en la que se expone que:

- a. Con fecha 26 de marzo de 2007, el supuesto representante de la Empresa de Agroexportación EL PERUANITO SRL se comunicó con el Administrador de la empresa BAMAR SAC, requiriendo la compra de 29 toneladas de harina de pescado.*
- b. El 29 de marzo de 2007, para confirmar el pago por esta mercadería, se enviaron 2 vouchers de depósito en efectivo.*
- c. El 30 de marzo de 2007, al revisar la cuenta corriente de la empresa agraviada en el proceso penal, se advirtió que no existía ningún depósito en efectivo, sino el depósito de 2 cheques girados*

supuestamente por el Gerente General de la Corporación de Ahorro y Créditos SO3ra. SFP José del Carmen Huamán Muñoz, los que, al ser depositados, fueron rechazados por falta de fondos.

d. La mercadería iba a ser recogida por la empresa de Transportes EN VOLUMEN SAC, por lo que al realizarse la verificación del denunciante, se detuvo la carga, pues el Gerente General de la empresa Agroexportación EL PERUANITO SRL niega haber realizado alguna transacción telefónica con la empresa agraviada, así como haber enviado a terceras personas para recoger el cargamento o haber enviado vouchers con el depósito del dinero o haber girado o depositado cheques a la cuenta de la agraviada.

e. Los trabajadores de la empresa TRANSPORTES EN VOLUMEN SAC, Arturo Napa Loyola y Agustín Neira Antón Rospigliosi señalan que el primero de ellos recepcionó una llamada vía Nextel desde la ciudad de Chincha, de parte de su compañero de trabajo Walter Pachas Tasayco, comunicándoles que había una persona interesada en contratar sus servicios, identificándose como Manuel Guido Solo Lagos, y que este les dio un número de celular para comunicarse, pactando el servicio de flete de la harina de pescado desde la empresa BAMAR en Chincha hasta un punto determinado de la ciudad de Lima.

f. Por ello se le ordenó a Antón Rospigliosi para que se constituya en la empresa y cargue la mercadería.

g. Todos los contratos fueron realizados telefónicamente.

Ya en relación a la subsunción típica de la conducta imputada, en el auto apertorio de instrucción se indica que:

“(…) siendo que en los hechos materia de denuncia se encuentran involucrados los denunciados, por cuanto el denunciado Manuel Guido Solo Lagos, sería la persona que concertó la presunta compra, el denunciado Agustín José Patricio Falcone Valdez es el representante de la empresa legal de la empresa de Transportes en Volumen SAC, empresa que precisamente sería la encargada de realizar el transporte de la harina, siendo que para dicha empresa laboran los denunciados Agustín Nieri Antón Rospigliosi, quien sería la persona encargada de conducir el vehículo en el cual se transportaría la harina de pescado, el denunciado Arturo Alberto Napa Loyola, en su calidad de Jefe de la flota de la empresa de Transportes en Volumen SAC, sería la persona que autorizó al antes mencionado para que viaje a esta ciudad para realizar el recojo de la harina de pescado, y a su vez el denunciado Walter Pachas Tasayco, sería la persona quien supuestamente contactó a la persona interesada en que sea la empresa de Transportes [en] Volumen SAC, la encargada de realizar el transporte de la harina de pescado”.

Como se aprecia, no queda claro en qué consistió la actuación o participación del demandante, mencionándose únicamente que es “el representante legal” de la empresa encargada de transportar la harina de pescado; esta situación afecta el ejercicio de su derecho de defensa, consagrado en el artículo 139º inciso 14) de la Constitución, porque el actor al no conocer con precisión los hechos materia de su procesamiento, tampoco podría alegar lo pertinente a su derecho, de

modo correcto y eficaz, razón por la cual debe declararse fundado este extremo de la demanda.”

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional, quedaría claro que para abrir proceso no solo basta con indicar que el procesado sea el representante legal de una empresa, sino que es necesario atribuirle una imputación en concreto y de forma individual, de manera que no afecte sus derechos constitucionales como la defensa o la prueba. Un actuar en contrario generaría la formulación de sendos procesos de Habeas corpus con el consiguiente desprestigio que ello genera.

De otro lado, es de recordar que en virtud del artículo VI *–in fine–* del Título Preliminar del Código Procesal Penal: *“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”*

Por tales razones, entonces, creemos necesario hacer un minucioso estudio, muy específico, para determinar si los Fiscales especializados en lo penal vienen aplicando incorrectamente el contenido de la Teoría de la imputación objetiva, respecto al representante legal de una persona jurídica, al dictar su requerimiento de formalización y continuación de la investigación preparatoria; de modo tal que podamos plantear las sugerencias que sean necesarias para contribuir a la solución de esta problemática.

1.2. Planteamiento del problema

1.2.1. Problema principal

¿Es posible considerar que los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, al momento de dictar sus requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria durante los años 2011-2013, aplicaron incorrectamente el contenido de la Teoría de la imputación objetiva respecto al representante legal de la persona jurídica, afectando con ello el principio de imputación necesaria?

1.2.2. Problemas secundarios

1. ¿En qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto el desconocimiento del contenido de la Teoría de la imputación objetiva afecta el debido proceso?
2. ¿En qué medida la aplicación incorrecta de la Teoría de la imputación objetiva afecta el derecho de defensa, contradictorio y a la prueba?

1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes

De la investigación realizada, no se ha encontrado algún trabajo referente a la imputación objetiva y personas jurídicas en el distrito judicial de Loreto durante el período 2011-2013, por lo que –en ese sentido- resulta un tema nuevo a tratar, sobre todo si consideramos que en este específico caso vamos a tener la oportunidad de analizar lo ocurrido con el nuevo Código Procesal Penal.

1.4. Delimitación de la investigación

Delimitación Espacial

Imputación objetiva y personas jurídicas en el distrito judicial de Loreto.

Delimitación Temporal

La presente investigación abarcará los años 2011-2013.

Delimitación Cuantitativa

Se encuentra determinado por el análisis de los requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria dictada por los Fiscales Penales del distrito judicial de Loreto, así como encuestas y entrevistas con los Magistrados de los dos niveles (Fiscales y Jueces) de la especialidad del mismo distrito judicial en donde se desarrollará la investigación, igualmente especialistas en el tema.

1.5. Alcances de la investigación

Los resultados o conclusiones obtenidos, tendrán alcances socio-jurídicos, para que luego de ser interpretadas estén al alcance de los operadores jurídicos del Distrito Judicial de Loreto, a fin de que puedan ser sometidos también a análisis y debate que repercutan en soluciones para el problema investigado.

1.6. Objetivos de la investigación

1.6.1. Objetivo general

Explicar en qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, aplicaron incorrectamente la Teoría de la imputación objetiva al dictar sus requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria, respecto al representante legal de las personas jurídicas, durante los años 2011-2013.

1.6.2. Objetivos específicos

- Explicar el contenido de la Teoría de la imputación objetiva.
- Demostrar la relación existente entre la Teoría de la imputación objetiva y el principio de imputación necesaria.
- Demostrar que una incorrecta aplicación de la Teoría de la imputación objetiva y el principio de imputación necesaria afectan el derecho de defensa, contradictorio y a la prueba de los procesados.
- Demostrar que el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa son las bases que sustentan el debido proceso penal.

1.7. Justificación, importancia y limitación de la investigación

Consideramos que la presente investigación encuentra su justificación en los siguientes aspectos:

- a. Es útil, porque con su resultado propondremos sugerencias que van a contribuir a resolver un problema jurídico, esto es: la aplicación incorrecta del contenido de la Teoría de la imputación objetiva al momento de formalizarse y continuar la investigación preparatoria.
- b. Actual, porque consideramos que el problema se sigue presentando y se hace necesario plantear alternativas de solución al problema.
- c. De Derecho, porque el problema planteado pertenece exclusivamente a la ciencia del Derecho, sin excluir las repercusiones sociales que genere las sugerencias que se planteen en la presente investigación.
- d. Finalmente, creemos que una adecuada administración del servicio de justicia contribuirá, a su vez, a la paz social, contribuyendo a brindar seguridad jurídica y, como consecuencia de ello, una mejora sustancial en la percepción que la sociedad tiene de su sistema judicial.

1.8. Limitación de la investigación

Consideramos que no tendríamos mayor problema en obtener la información requerida, por lo que no existe ninguna limitación que impida la realización de esta investigación.

Título II

Marco Teórico

Capítulo I

De la primacía constitucional y garantías constitucionales

2.1.1. Fundamentos del carácter vinculante de la constitución

Hoy se concibe a la Constitución no solo como un amplio espectro de sueños e ideales a alcanzar, sino como verdadera ley suprema que a través de sus normas vincula a todas las personas e instituciones de un Estado.¹ En otras palabras: ninguna ley, persona natural o entidad pública o privada puede sentirse superior o intocable ni ajena a sus disposiciones, ello se basa en la supremacía que nos merece la persona humana, en el respeto a su dignidad² y de su libertad que le va a permitir realizar y alcanzar su proyecto de vida.³

¹ Cfr. Castillo Córdova, Luis, en *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Universidad de Piura, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima octubre de 2004, p. 43, afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares. Es decir, que los derechos constitucionales son categorías jurídicas plenamente vigentes y que deben ser respetadas por sus destinatarios.” En tal sentido, no le falta razón al profesor Julio Santa Cruz en *Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal*, Revista 4 de la Academia de la Magistratura, Lima 2000, cuando afirma que ...“en el Estado constitucional la ley carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuenta ante la instancia superior de la Constitución.”

² Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihás. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.16, sostienen: ...“cuando nos preguntamos dónde radica el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) debemos responder que en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor (...) el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.” De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005, pp. 71-72, haciendo referencia al tribunal español, sostiene: “Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad humana considerándola como un valor espiritual y moral inherente a

De Asís Roig,⁴ sostiene que el papel de los derechos fundamentales en una sociedad moderna es claro. Estos derechos constituyen la base de todo sistema político que postule como fin fundamental el desarrollo de la dignidad humana y, por otro lado constituyen las exigencias, necesidades y pretensiones vitales de los hombres. El conocimiento de su significado, de su importancia, de la posibilidad de su ejercicio, es fundamental no solo para toda persona sino también para el porvenir de la humanidad. Podemos así afirmar, con Eusebio Fernández, que la defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de la justicia del Derecho y de la legitimidad del Poder y el procedimiento garantizador de la dignidad humana contra todo tipo de alienación y manipulación.

Es evidente, entonces, que el artículo 1 de la Constitución que sostiene que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, adquiere real valía y se

todas las personas, que se constituye en un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, y que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (esto es en la autonomía individual), constituyendo el punto de arranque para la existencia y especificación de los derechos fundamentales (STC 27/82, 53/85, 57/94). (...) los derechos se configuran como los principales instrumentos para el logro de la dignidad, por lo que esta adquiere sentido desde el examen de los bienes que los derechos protegen.”

³ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003, pp. 14-15, sostiene que: ...“el derecho, a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dinamizará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, a realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita poseer los medios adecuados, culturales, económicos, de salud, etc. El derecho, a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo de ello. El derecho es así, debe ser así, liberador. La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se fruste.”

⁴ Cfr. De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos...* p.54

materializa en el momento de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a un caso en concreto⁵ -como sucede en los hábeas corpus contra resoluciones judiciales que amenacen o vulneren la libertad personal o sus derechos conexos a través de la afectación al debido proceso- en los que se debe considerar como guías de nuestro actuar el principio *pro homine*, la fuerza expansiva, irrenunciabilidad, posición preferente y de eficacia que tienen los derechos fundamentales.⁶ Sólo de esta manera podemos hacer realidad la efectiva y adecuada protección de la persona y su dignidad, y que dicho artículo constitucional no quede como una fórmula abstracta, inmaterial o simple quimera intelectual.

Creemos que esta es una labor que no sólo corresponde a los denominados Jueces Constitucionales, sino que comprende a todo el sistema que está vinculado con la libertad individual o sus derechos conexos, de tal manera que en la labor de la judicatura se aprecie un profundo conocimiento de la norma y razonamiento jurídico, espíritu humanista, y no la mera aplicación de la norma,⁷ razón por la que –

⁵ Como señala Gustavo Zagrebelsky, la ...“interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución.” Citado por Edgar Carpio Marcos en *La interpretación de los derechos fundamentales*, Ed. Palestra, 1ª. Edición, Lima 2004, p.18.

⁶ El Tribunal Constitucional Federal alemán, citado por Carpio, op. cit., p. 30, en el BverfGE, 6, 55 (72) sostuvo que ...“incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma.”

⁷ Así lo señala el Tribunal Constitucional en el caso Grace Mary Riggs Brousseau (Exp.No.197-2002-HC/TC) que ...“tal medida restrictiva de la libertad no es una sanción punitiva, por lo que no cabe mecánicamente decretarse atendiendo sólo a la circunstancia de que existan suficientes elementos probatorios de la comisión del delito que incrimine a la actora o que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, porque, de sólo fundarse en tales criterios, se afectaría su naturaleza cautelar. Es preciso observarse, juntamente con tales factores, fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en serio riesgo el éxito del proceso.” Igualmente, en la presentación del texto *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, de Fabián Novak y Sandra Namihás,

reiteramos- las resoluciones que se expidan en la tramitación de un proceso penal deben estar impregnadas de lo que debe ser su fuente originaria: los derechos fundamentales contenidos como garantías procesales penales en la Constitución.⁸

En el Exp. No. 010–2002–AI/TC - Caso Marcelino Tineo Silva, el Tribunal Constitucional sostiene que la dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos fundamentales en un estado social y democrático de derecho. Textualmente señala:

“La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.”

Academia de la Magistratura-GTZ, 1ª. Edición, noviembre 2004, la distinguida magistrada suprema Dra. Elcira Vásquez afirma que ...“el sistema judicial constituye uno de los pilares de la democracia; en consecuencia, corresponde a los magistrados (...) la noble misión de tutelar los derechos fundamentales de las personas.” Más adelante continúa que es necesario ...“motivar en los magistrados una conciencia humanista, que los aleje de *la simple y mera aplicación de la ley* y que por el contrario acuda a la ética, a su conciencia creadora y a la reflexión sobre el papel que les corresponde asumir en el desarrollo del país y en la construcción de la paz social.” En este mismo sentido, Leny Palma Encalada, en su *El juez constitucional*, artículo aparecido en la revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, No.140, Lima 2005, nos dice que: “El Código, sin lugar a dudas, procura instituir la presencia de un juez creador de Derecho Constitucional, traductor y defensor fiel del contenido y fines de las normas constitucionales; que desempeñe sus funciones con independencia y haga frente a las más altas presiones y abusos del poder público; que actúe con firmeza para resolver los conflictos por encima de los intereses de las partes y con especial capacidad para ponderar las consecuencias jurídicas y sociales de sus decisiones.”

⁸ Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, en su *El hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Revista *Justicia Viva*. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, 2003, afirma que ...“vivimos en una época en la cual el juez constitucional se ha convertido en un elemento central dentro de fenómenos como el de la constitucionalización del derecho y el intento de constitucionalización de la política o, dicho con otras palabras, la comprensión de todo el ordenamiento jurídico de un país y el esfuerzo por encuadrar la actuación estatal en ese mismo país dentro de parámetros constitucionales.”

En el Exp. No.014-2003-AI/TC – Caso Alberto Borea Odría, el supremo tribunal afirma a la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, que incluso genera consecuencias jurídicas. Se lee:

[...]La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.”

En consecuencia, “La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados.⁹ Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución “(...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus

⁹ Castillo Córdova, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, p. 42, considera que ...“el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución. (...) La vinculación al poder político queda expresamente manifestado cuando el constituyente peruano ha manifestado que el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 CP). (...) Mientras que la vinculación a los particulares se concluye del artículo 38 cuando se establece que todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución (...) Que la Constitución es norma fundamental significa que es la norma primera o la norma madre de todo el ordenamiento jurídico. Todo el conjunto de normas que configuran este ordenamiento tiene por base a la Constitución y serán válidas en la medida que no la contradigan, ya sea en el fondo como en la forma.” Landa, César; en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, 1ª. Edición, Lima mayo 2004, p. 18, sostiene: “En la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.”

disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...). (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1º, 2º, 3.º, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

2.1.2. Las garantías procesales

Principio de legalidad

Cuando Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”,¹⁰ asentó las bases del principio de legalidad, el cual, ha derivado analíticamente diversas garantías, las cuales son:

a. Garantías sustantivas. Consiste en que no hay tipo penal, pena y medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa; al respecto Ferrajoli comenta lo siguiente: “Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley... El segundo es la igualdad

¹⁰ Este principio fue incluido en la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano” de 1789 y un poco antes en la declaración norteamericana de Filadelfia de 1774. Velásquez remonta este principio hasta el Código de Hammurabi (Ob. Cit. Págs. 261-263).

jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales...”.¹¹ Esta garantía implica tanto al legislador (como dador de las normas) como a los jueces (como aplicadores de las leyes) una visión de las normas legales dentro de un Estado de Derecho, es decir, que éstas no sólo sean vigentes, sino también, válidas.

b. Garantías procesales. Consiste en que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal sólo puede ser aplicado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (“*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*”).

c. Garantías de ejecución penal. Consiste que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, y sin resocialización (“*nulla poena nulla mensura sine regimine legale, sine humanitae, sine resocializatione*”).

De los tres tipos de garantías, sólo incidiré en las garantías sustantivas, las cuales, Muñoz Conde comenta de la siguiente forma: “... no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales; del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que

¹¹ Ferrajoli, Luigi; Ob. Cit. Pág. 36.

están previstas en la ley”.¹² El citado autor desprende una serie de principios a partir de estas garantías, las cuales son: a) el principio de reserva de ley, b) el principio de taxatividad y seguridad jurídica, c) el principio de prohibición de retroactividad, d) el principio de prohibición de analogía y e) el principio *non bis in idem*.

En lo que respecta al principio de taxatividad y seguridad jurídica, éste consiste en que la ley debe establecer la conducta punible en forma clara y concreta; por lo que, se debe evitar el empleo, en los tipos penales, de conceptos excesivamente vagos, los cuales, no posibiliten una interpretación (por parte del juez) segura, así como, una enumeración excesivamente casuística.¹³

Este principio busca supuestos de hecho claros, así como, una interpretación judicial que no altere el contenido material de la norma jurídico-penal.

En lo que respecta, al principio de prohibición de analogía, éste consiste que, está prohibida la aplicación por analogía de la ley penal (art. 139 inc. 9 Const.). Por analogía se entiende al proceso por el cual son resueltos los casos no previstos en la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes. Sin embargo, el art. III del T.P. del C.P. establece la prohibición de la analogía perjudicial o *in malam partem*, al

¹² Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, Pág. 103

¹³ Cuestión aparte son los tipos abiertos, los cuales, el Juez los debe de cerrar para subsumir la conducta; no obstante un sector de la doctrina peruana precisa que todos los tipos penales de la parte especial son abiertos, porque el Juez debe tener presente las normas penales de la parte general (ej: tentativa, autoría y participación, determinación de la pena, entre otros).

prescribir lo siguiente: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Al respecto, Villavicencio comenta lo siguiente: “La prohibición de la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (*analogía in malam partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (*analogía in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales personales de exclusión de la punibilidad”.¹⁴

Finalmente, en lo que respecta, al principio “*non bis in idem*”, éste consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez;¹⁵ sin embargo, el problema consiste en: ¿afecta a este principio (al tipificarse penalmente la conducta de divulgación y/o secretos de empresa) si una misma conducta es sancionada administrativa y penalmente?. La respuesta no es unívoca en seno de la doctrina, debido que, más se ha centrado en la distinción entre la sanción disciplinaria y la penal, distinción que no incide directamente al problema planteado;¹⁶ siendo muy poco tratada las diferencias o semejanzas entre la sanción administrativa (ej: multa) y la penal.

¹⁴ Villavicencio Terreros, Luís Felipe. Ob. Cit. Pág. 63.

¹⁵ En Alemania esta prohibición tiene rango constitucional; así el art. 103 III GG dispone la prohibición que una conducta sea castigada más de una vez con base en las leyes penales generales.

¹⁶ El ilícito disciplinario son aquellas conductas realizadas por los funcionarios o servidores públicos en perjuicio de la organización pública donde se ha desempeñado el infractor, por lo que, se le sanciona en favor de la funcionalidad de la Administración.

Por ejemplo en Alemania, Jakobs considera la no violación del “*non bis in idem*” en la aplicación simultánea de la sanción disciplinaria y la penal, pero, no se pronuncia sobre la sanción administrativa: “Pero dado que las medidas disciplinarias dentro de su limitado ámbito de funcionamiento, pueden tener tanto carácter de pena como de medida de seguridad, deben observarse los siguientes principios para evitar la doble punición”.¹⁷

Asimismo, Maurach sólo se pronuncia, en forma muy breve, entre la multa penal y administrativa: “En la aplicación de multas, el derecho penal administrativo es independiente del derecho penal propiamente dicho... Asimismo, la determinación de la pena sigue reglas especiales”.¹⁸

Sin embargo, volviendo al problema planteado, Fernández ha comentado lo siguiente: “Si la sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la penal -como lo declara sistemáticamente los respectivos estatutos- es porque tal sanción no pertenece al derecho criminal, ya que en éste no admite excepción el principio *ne bis in idem*”.¹⁹

Esta posibilidad (de lege lata) incide con mayor fuerza, porque la actual Constitución ha consagrado el principio del “*non bis in idem*” (como ocurre en Alemania), lo cual, en interpretación sistemática, se debe de partir en lo dispuesto en el art. 5 del C. de P.P., el cual, señala la excepción de cosa juzgada: “cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una

¹⁷ JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Pág. 74.

¹⁸ Maurach, Reinhart. Ob. Cit. Pág. 26.

¹⁹ Fernández Carrasquilla, Juan. Ob. Cit. Pág. 57. Lo resaltado es mío.

resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”; por lo que, la prohibición de la doble sanción de una misma conducta incidiría entre sanciones penales.

Principio de presunción de inocencia

El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico que se basa en que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

La presunción de inocencia es uno de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

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 un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Garantías judiciales [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que Ferrajoli ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad.

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de Beccaria: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de

la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida". Y también la propuesta de Filangieri, de "tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito". Ambos autores, bien representativos de la antes aludida como la matriz continental del principio, cifran lo esencial del mismo en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución del Estado surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quien se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el Estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es

un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo. El derecho de la presunción de inocencia es de avanzada, ya que por ejemplo, en Europa la presunción de inocencia no existe. En Europa el sospechoso o acusado tiene la obligación de probar su inocencia.

En nuestro sistema de justicia en cambio, el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el Estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: *“(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los*

reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.”

Asimismo aquel órgano internacional también ha sostenido que: *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”,* agregando también que *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.*

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. *“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)”*

“El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”.

La garantía es a “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural aquel que indica que *“nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que todo imputado debe ser considerado como inocente (para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario”*.

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado “como un sujeto de una relación jurídico procesal”, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.

Principio in dubio pro reo

In dubio pro reo es una locución latina, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (*reo*). Es uno de los pilares del Derecho penal, que va íntimamente ligado al principio de legalidad, y podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo".

Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de esta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

Este principio no se considera aplicable a todo el Derecho penal, pues, aunque se ha barajado que la interpretación de las normas debería ser a favor del reo (por ejemplo, ante dos posibles interpretaciones de la ley, debería elegirse aquella que suponga una menor pena para el reo), se ha descartado dicha posibilidad.

Aunque las reglas interpretativas del Derecho penal no son iguales a las del resto de ramas del Derecho, verbigracia, no está permitida la analogía extensiva que amplíe los supuestos penados por la ley (analogía *in malam partem*), por lo general, el juez tiene libertad para optar por la interpretación que más se acerque, dentro de la literalidad, a la voluntad del legislador, y sin tener que estar por ello sujeto a la norma *in dubio pro reo*.

Principio de defensa

Uno de los derechos constitucionales más relevantes, es el derecho de defensa, consagrado en el Art. 139 Inc. 14 de la Constitución, por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral) no queden en estado de indefensión.

Toda persona tiene derecho a elegir a su abogado defensor, elección que debe ser manifestada libre y voluntaria en forma expresa e indubitable ante la autoridad judicial. En la doctrina española el Profesor Picó I. Junoy comentando el derecho a la asistencia letrada a referido que *“este derecho comporta que el interesado, pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa”*.

El Contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

El Derecho de Defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso,

integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.

También se concibe a la defensa como el derecho inviolable, público y subjetivo que tiene toda persona para poder cautelar sus derechos cuando es imputado de un acto delictuoso. Se funda en el principio de la libertad. Es un poder que la ley confiere al hombre para impedir cualquier sanción. Responde a la idea de protección de amparo, frente al ataque que supone la contienda procesal bajo el cual subyace el conflicto de intereses y libertades, que si bien afectan a cuantos intervienen en el mismo, tiene una especial significación respecto del imputado, constituyendo un derecho consagrado constitucionalmente.

CARROCA PEREZ advierte dos dimensiones del derecho de defensa: *a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso*. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de 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.

El derecho de defensa configura una amplia gama de garantías que cuenta el imputado o acusado en materia penal. Estas se pueden sintetizar en las siguientes:

1. Derecho del detenido a ser comunicado sobre la imputación. De la detención de una persona por las autoridades competentes, surge la necesidad de éste de ejercer su derecho a la defensa, de allí que nuestra Constitución en su artículo 139º inciso 15 prescriba el principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las razones o causas de su detención. La razón o causa de la detención debe consistir en una noticia íntegra, clara, precisa, circunstanciada y oportuna del hecho concreto que se atribuye al imputado. Si resultara que sólo se da cumplimiento del deber de comunicación de la imputación, obviando alguno de estos requisitos, no se estará cumpliendo con la totalidad de elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación, se estaría provocando la privación del derecho a ser oído y, con ello, la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva. Hay dos aspectos que merecen ser destacados: a) El alcance y las características de la información que se deben otorgar al acusado; y, b) La prontitud con que se le debe proporcionar dicha información.

2. Derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa. Como se puede ver de esta garantía se desprenden dos aspectos:
a) La consideración del tiempo necesario para la preparación de la

defensa; y, b) la facilitación de los medios necesarios para la preparación de la defensa.

- a. Tiempo necesario para la preparación de la defensa. mientras que la parte acusadora puede con frecuencia haber estado preparando un caso durante un largo periodo antes del comienzo del proceso, la defensa deberá confrontar la evidencia acumulada por la acusación, encontrar testigos, presentar sus propios medios de prueba y examinar y rebatir los argumentos jurídicos de la parte acusadora en el lapso sustancial más breve.

Qué tiempo es el “adecuado” o el “necesario” para la preparación de la defensa, ello dependerá de la gravedad del delito, las dificultades para obtener evidencias a favor de la defensa, el número de personas acusadas en el mismo proceso, la novedad u originalidad de los problemas jurídicos que se requiere examinar, etc.

- b. Medios adecuados para preparar la defensa. Esta garantía implica el derecho del acusado a comunicarse privadamente, sin censuras ni interferencias de ninguna especie, con quien le asista en la preparación de su defensa. Sin embargo, esta garantía también incluye el derecho a comunicarse con otras personas distintas del defensor.

También implica el acceso a documentos necesarios para la preparación de la misma, y muy especialmente a aquellos que han sido sometidos a la consideración del los juzgados o Salas Penales y que forman parte del proceso.

3. Derecho a contar con un intérprete. Es esencial que se le proporcione un intérprete que le ayude a comprender todo lo que se pueda decir en el juzgado o sala penal y todos los documentos o pruebas que se le puedan someter. El propósito de esta garantía es no sólo permitir al acusado presentar argumentos en su defensa, ofreciendo su propia versión de los hechos y su interpretación del derecho aplicable, sino que, lo que es más importante, permitirle familiarizarse con la evidencia y los argumentos legales presentados por la parte acusadora.

4. La asistencia del imputado por un Abogado defensor. Es referida a aquella defensa ejercida generalmente por un abogado y sólo en algunas otras legislaciones, por excepción al propio imputado; se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Exige lógicamente conocimientos jurídicos de que, el imputado en la mayoría de casos carece; sin ellos, él no podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución.

El defensor tiene la función de incidir en los hechos materia de autos, pero fundamentalmente en el derecho. El defensor es un auxiliar de la justicia pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el derecho predispone para garantía del individuo y de la sociedad.

La defensa técnica fundamentalmente presupone asistencia y representación, la primera referida al aporte técnico a la defensa material, informa acerca de los derechos e intereses que la ley le acuerda o reconoce, en relación a los pro y contra que franquean al imputado tanto a nivel de los hechos que se le incriminan como al derecho etc. El segundo presupuesto de la defensa técnica es la representación, es decir que representa al imputado -valga la redundancia- a lo largo de todo el proceso, salvo en aquellos actos en que la ley exige una participación personalísima del procesado.

Es importante remarcar que la defensa tiene tres características fundamentales: pública, libre y profesional: así, es pública porque cumple una función en este orden, si bien es cierto que el defensor, defiende los intereses privados del procesado, pero su accionar va encaminado a una finalidad de orden social¹⁰; es libre porque no admite restricción alguna salvo las establecidas por ley; y es profesional porque es solicitada por determinada persona especialista en derecho.

5. El derecho a la Autodefensa. La autodefensa consiste en la intervención directa y personal del inculpado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. Llamada también defensa material, y como dijera Vélez, "es la que se realiza mediante manifestaciones que el imputado puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces sea necesario (tanto en la etapa preliminar, en la instrucción como en el juicio oral) siempre que sus declaraciones sean pertinentes". Corroborra en este sentido la afirmación que la autodefensa es un hecho instintivo y natural del hombre y la ley permite esta actividad personal, que no significa en modo alguno una absoluta libertad para el ejercicio de la defensa personal. El derecho a la postulación en el proceso le permite al imputado presentarse al Juez conjuntamente con su defensor alegando el derecho que le asiste

6. Derecho a confrontar la evidencia presentada por la acusación.- Este derecho le permite examinar –personalmente o por medio de su defensor las pruebas acumuladas en su contra, descalificarlas, criticarlas o incluso en su propio favor. Admitir que el acusado pueda ser condenado en virtud de documentos que no ha tenido ocasión de conocer, o de testimonios que no ha podido refutar, sería aceptar un procedimiento viciado desde un comienzo y diseñado para condenar. Si el propósito de todo proceso criminal es hacer justicia, y si un principio fundamental del derecho a un juicio justo es el derecho del acusado a defenderse, para que tal defensa sea

efectiva deben ponerse a disposición del inculpado todos los medios indispensables para la preparación de la defensa.

7. El derecho de no ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo o a declararse culpable. Este derecho es una de las manifestaciones del Derecho de Defensa, y en particular corresponde al deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (transmisor de conocimientos) en su propio caso, reside, por último, evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra.

Capítulo II

Imputación objetiva y el principio de imputación necesaria

2.2.1. Teoría de la imputación objetiva

La ciencia siempre ha entendido que en el mundo fenomenológico, es decir, en el plano fáctico, real, a toda causa le sigue o tiene un resultado, y este es el *principio de causalidad*, y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama *relación de causalidad*.

Anota Esteban Righi²⁰ que pese a ser un tema polémico en ciencias naturales y filosofía, los juristas utilizaron un concepto tradicional de causalidad para establecer un presupuesto básico que permitiera atribuir un resultado determinado (*el efecto*) al comportamiento del autor (*la causa*).

Y por ello, todas las teorías clásicas de la causalidad afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza. Sin embargo, se distinguió en todo caso con precisión entre ser causal y ser responsable por la producción del resultado: ambas categorías no se superponen. En general, puede afirmarse que la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más, responsabilidad. La causalidad requiere, por lo tanto, una limitación: entre los comportamientos causales de un resultado típico solo algunos culminan en la responsabilidad penal. La Teoría de la causalidad,

²⁰ Cfr. Esteban Righi; *Derecho penal, parte general*, Lexis Nexis, Buenos Aires. Argentina. 2007, p.169

por ello, se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación al tipo objetivo, en el del dolo o en el de la culpabilidad).²¹

Por eso, anota Bacigalupo, que desde un punto de vista puramente causal también los padres del homicida serían causa del resultado de muerte, pero sus comportamientos no interesan al Derecho penal. "La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento – dice este autor - y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección del Derecho penal".²²

La construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva, indiscutiblemente constituye un cambio del sistema de la teoría del delito basado en el simple concepto causal de la acción como reacción al sistema finalista. A decir de María Ángeles Rueda Martín,²³ los defensores de la teoría de la imputación objetiva proponen la utilización de una serie de criterios normativos y mediante los cuales se pretende, además, la atribución de un determinado sentido social típico y que darían contenido a la doctrina general de la imputación objetiva.

²¹ Cfr. Enrique Bacigalupo; *Derecho Penal. Parte general*, pp. 246 y ss.

²² Cfr. Enrique Bacigalupo; *Derecho Penal. Parte general...* p. 247.

²³ Cfr. Rueda Martín, María Ángeles; "La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción" p. 43.

Los criterios de esta teoría indudablemente descansan sobre el sistema funcionalista teleológico del Derecho Penal, que es una tendencia doctrinaria que está en contradicción con el sistema neoclásico o finalista creado por Hans Welzel. La corriente funcionalista ataca fundamentalmente al punto de partida del finalismo, porque según ellos, es decir según su creador fundamental, Claus Roxin, la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas "acción, causalidad, estructuras lógico – objetivas, etc".

Indiscutiblemente la Teoría de la Imputación Objetiva representa en la actualidad una gran transformación en la Teoría del Delito, especialmente en el marco de la tipicidad. El objeto de esta moderna doctrina es la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda confirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico protegido. Nace no solo como un intento de resolver problemas surgidos en el marco del nexo entre acción y resultado, sino que pretende dar fin a los problemas de la causalidad, pero en el ámbito del injusto penal.

Según Esteban Righi,²⁴ es una teoría que *anticipa* juicios de antijuridicidad, ya que: A) es un juicio de *imputación* que supone atribuir *normativamente* el resultado al autor; B) es *objetivo*, porque prescinde de todo dato subjetivo (como el conocimiento del autor).

Continúa este autor exponiendo que desde sus primeras formulaciones, la teoría de la imputación objetiva sostuvo que el juicio de subsunción del

²⁴ Cfr. Esteban Righi; *Derecho penal. parte general...* p. 206

comportamiento al tipo objetivo, requiere un juicio de imputación basado en que las normas solo prohíben:

a) resultados *evitables* por lo que no deben ser materia de imputación los que fatalmente se iban a producir, ya que en esos casos la acción no produjo un peligro no permitido;

b) acciones que *aumenten* el peligro, lo que descarta la imputación cuando la acción lo disminuyó;

c) acciones que *perjudiquen* la situación del bien jurídico, por lo que debe descartarse la imputación cuando la acción lo benefició;

d) acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protege, excluyendo la imputación si el resultado está fuera del *ámbito de protección de la norma*;

e) resultados que provengan de acciones que hayan creado el peligro, por lo que decae la imputación por aplicación de la *prohibición de regreso*; y,

f) lesionar el bien jurídico si el titular no podía consentir la afectación, lo que se vincula con el efecto eximente del *consentimiento* y la exclusión de la imputación en los casos de *autopuesta en peligro*.

La Teoría de la Imputación Objetiva nace fundamentalmente para los delitos de resultado, entendiéndose estos, según Roxín, aquellos tipos en los que el

resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado, p.ej. el homicidio: Entre la acción "v.gr. disparar el revólver" y el "resultado" (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa, en los que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias o la provocación de escándalo público, en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo.²⁵

Las críticas de los finalistas a la imputación objetiva han señalado que con respecto al delito imprudente no hay lugar para una teoría de la imputación objetiva. Armin Kaufmann en su artículo "¿Imputación objetiva en los delitos dolosos?", descarta la idea de que se deban trasladar las construcciones de la teoría de la imputación objetiva, desarrollada sobre todo en el delito imprudente, al delito doloso. En cambio Struensee, discípulo de Kaufmann lanza una severa crítica en contra de la teoría de la imputación objetiva formulada por Roxín, en el sentido que según sus partidarios ella es ampliamente dominante en la ciencia del Derecho Penal posfinalista, afirmando que en la jurisprudencia alemana no tiene aún un reconocimiento pleno; para este autor, la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo subjetivo, o mejor dicho frente a un ilícito subjetivo.

Hoy esta teoría, como explica Righi, ha concretado una expansión de su ámbito de aplicación, pues se la consideró apropiada para establecer el núcleo de

²⁵ Cfr. Claus Roxin. "Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito" p. 328.

cualquier conducta penalmente relevante, sobre la base de considerar que todo hecho punible es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, con lo que se concretó una teoría de la imputación que, de la finalidad de la prevención general positiva de la pena, dedujo como principios:

- a) la exclusión de la imputación cuando la acción no supera el *riesgo permitido*;
- b) la idea de que la imputación solo alcanza a quien es *garante* de la evitación del resultado;
- c) la exigencia de que el riesgo no permitido creado por la acción haya sido el *que se realizó* en el resultado; y
- d) la exclusión de la imputación cuando la acción ha sido cubierta por el *consentimiento o la actuación a riesgo propio* del titular del bien jurídico.

En esencia, Claus Roxín sostiene que la imputación al tipo objetivo solo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial. En cambio, dice Roxín, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales la lesión del objeto de la acción que se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, este no habrá matado, lesionado, dañado, etc. en el sentido de la ley.

Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. Si por ejemplo, no se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños

corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede aceptar que el fabricante del medicamento haya lesionado a un paciente. En consecuencia, la Teoría del nexo causal es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado y agrega Roxín que, con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo como antes se creía, aunque concurren los restantes elementos típicos escritos.

Así por ejemplo, también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se debe a la pura casualidad: Si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya. Al decir de Roxín, la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

Así tenemos, según Claus Roxín, el caso de que A dispara a B con dolo homicida, este solo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo. Dice el autor, que existe acuerdo unánime en que en situaciones como esta solo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando la jurisprudencia y la aun doctrina dominante lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque este ha de extenderse al curso causal correcto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por

el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la consumación del hecho no fracasa solamente por la falta de dolo. Y como la tentativa, que en todo caso hay que afirmar que ocurre, dice Roxín, también presupone un dolo homicida, solo se puede negar el dolo respecto del concreto resultado homicida si a la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una "acción de matar" en el sentido del tipo. Por ello, Roxín, terminantemente asegura que esto es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo.

Por todo ello, según el genial alemán, creador científico de esta gigantesca doctrina ya elaborada con perfiles nítidos, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de una posible imputación) una acción típica, o sea, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, solo se discutirá a continuación.

Se asegura que en la doctrina dominante hoy, de esta teoría, la imputación al tipo objetivo, se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados, que al criterio de Claus Roxín son: un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Por ejemplo, en el caso de la tormenta, falta ya una acción homicida porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar. Roxín dice que en el caso del incendio del hospital el disparo del autor ciertamente ha creado un

peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado.

Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa.

Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Dice Roxín, si por ejemplo, A incita a B para que haga una escalada al Himalaya, en la que este –tal como A había previsto- sufre un accidente mortal, entonces no solo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho (alemán) vigente es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aun ha de ser impune la incitación a una mera auto puesta en peligro, que es de lo que aquí se trata. Por consiguiente, el alcance no se extiende a la evitación de auto puestas en peligro dolosas, con lo que por esa razón no se puede imputar el resultado al incitador.

La imputación objetiva aparece dentro de la doctrina actual, inscrita o inserta, dentro de criterios funcionalistas. El funcionalismo, también conocido como sistema teleológico racional del derecho penal, está representado por Roxín, su máximo exponente, y sus principales características son:

a) la orientación básica del sistema penal hacia políticas criminales;

b) la concepción de la responsabilidad jurídico-penal como una categoría que abarca tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de pena; y,

c) la aceptación de la teoría que estudiamos, es decir, la imputación objetiva, como regulador normativo del nexo causal. Y dentro de la teoría del delito, el sistema funcionalista tiene algunas categorías dogmáticas, siendo las principales las siguientes:

1. Sostiene la doble posición del dolo: en el tipo como en la culpabilidad.
2. En la integración del injusto penal, procura mantener el equilibrio entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado.
3. Admite la teoría del dominio del hecho para especificar las especies de autoría, coautoría, y participación.
4. La culpabilidad la entiende no necesariamente como reprochabilidad sino más bien como responsabilidad, ello a través de criterios preventivos de merecimiento y necesidad de pena.
5. Distingue entre error de tipo y error de prohibición.
6. Dirige al sistema penal hacia finalidades político-criminales de prevención especial y prevención general, y
7. Permite la teoría de la imputación objetiva, como dijimos anteriormente, en tanto regulador normativo del nexo causal.

Por lo cual, para el sistema funcionalista, se entiende por *imputación objetiva*, al conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. La nueva categoría de *responsabilidad penal* se compone por: la culpabilidad (entendida como reprochabilidad) y la necesidad de pena que se requieran para el caso concreto. Como vemos, el sistema funcionalista, de Roxín, introdujo en el tipo objetivo una serie de elementos o categorías normativos que sirven como un regulador o direccionador del nexo causal. Estos elementos son insertados en lo que se conoce como teoría de la imputación objetiva. Conforme a ella, como hemos sostenido en esta investigación, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal.

Historia de la Teoría de la Imputación Objetiva

En principio, es de mencionar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española manifiesta que *IMPUTAR* es "atribuir a otro una culpa, delito o acción". El filósofo Immanuel Kant afirmaba que "la imputación (imputatio) es el juicio por el que alguien es considerado como *causa libera* de una acción" "nosotros atribuimos algo a alguien, como un predicado a cada sujeto. Le atribuimos o le imputamos cuando es considerado como algo perteneciente a su persona, por ejemplo, una idea al genio. Imputamos cuando (ese algo) es presentado como procedente de su voluntad". Es decir para Kant la imputación presupone, por un lado, un sujeto destinatario de la imputación, que es la *persona*; y, por otro lado, un objeto imputado, que es el resultado o

el suceso. Incluso, se ha asegurado, al menos así lo afirma María Ángeles Rueda Martín²⁶ que fue Aristóteles quien determinó por primera vez los principios de la imputación, en el sentido de que una acción es solo imputable si se halla en nuestro poder, o si somos sus dueños de modo que también podríamos obrar de otra forma. Aristóteles desarrolla esta idea en su *Ética a Nicómano*.

Después de un proceso histórico teórico, en las que aparecen las concepciones de Feuerbach, aparece en el escenario el filósofo Jorge Guillermo Federico Hegel, quien pone los cimientos del asunto que tratamos; para él imputar (cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto) debía ser algo acotado, pues de la multiplicidad de los cursos causales, solo era posible atribuirle aquello que podía ser considerado como algo propio.²⁷

Según Hegel, si un hecho produce unos efectos en el exterior, entonces, la voluntad es responsable de él en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el predicado abstracto de lo *mío*, para afirmar seguidamente que "el derecho de la voluntad consiste en que un hecho suyo sólo se reconozca como su acción propia y sólo tenga responsabilidad sobre aquello que ella sabía de sus presupuestos en su fin, es decir, lo que estaba en su propósito. El Hecho solo puede ser *imputado como responsabilidad de la voluntad*: este es el derecho del saber".²⁸

²⁶ Cfr. Rueda Martín, María Ángeles; op. cit., p.66.

²⁷ Cfr. Reyes Alvarado, Yesid; *Imputación Objetiva*. Bogotá. 1996.

²⁸ Cfr. Righi Esteban. *Derecho penal. Parte General*. Lexis Nexis, Buenos Aires. Argentina. 2007.

Empero, es en 1970 que Claus Roxín, en su artículo de homenaje a Honig: *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal* que reinicia o fomenta la teoría de la imputación objetiva, que hoy conocemos.

Fundamentos teóricos de la Teoría

El objetivo básico de esta doctrina es la atribución de un determinado sentido social típico a la acción mediante una serie de criterios normativos que esencialmente son: un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.²⁹

En la actualidad es un concepto dominante en la doctrina alemana *que un resultado solo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor*. El criterio del riesgo permitido, especialmente del riesgo en derecho penal, es unánime en los diferentes autores de esta doctrina, que si bien ha tenido sus detractores, específicamente en los que se alinean en el sistema finalista, se ha configurado como una doctrina más elaborada por los trabajos del propio Roxín, de Schunemann y de Günther Jakobs, como veremos posteriormente

Paz M. de la Cuesta Aguado establece como fundamentos de la teoría los siguientes:

²⁹ Cfr. Roxín Claus, en la conferencia que dictó en México el 25 de octubre de 2007.

1. La creación de un riesgo penalmente relevante o no permitido.
2. La realización del riesgo imputable en el resultado,
3. El fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo penal.³⁰

Fue Roxín quien se opuso al concepto ontológico de acción, por ser este inamovible e incrustado en la estructura del ser, cuando el tipo debe mirarse según los contenidos sociales y observar el comportamiento final en sentido jurídico, esto es, contemplarlo todo desde la óptica de la función político criminal. A Roxín le interesa el concepto de acción en el ámbito normativo y no en el campo ontológico, y de allí parte para formular la imputación objetiva como criterio para estudiar primeramente los delitos culposos y luego los dolosos.³¹

Roxín es considerado el más importante representante de la perspectiva de imputación objetiva vinculada al principio del riesgo, que indica cómo un resultado causado por el agente que actúa sólo puede ser imputado como obra suya y cumple el tipo objetivo, si el comportamiento ha creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y esa consecuencia se encuentre dentro del alcance del tipo. De allí que Roxín elabora su fundamentación de la imputación objetiva, según los planteamientos del incremento del riesgo, de acuerdo con lo cual lo sustancial es especificar si la conducta del autor generó un riesgo de acuerdo

³⁰ Citado por Rueda Martín María de los Ángeles; op. cit, p.89.

³¹ Cfr. Paz M. de la Cuesta Aguado; *Tipicidad e Imputación Objetiva IV*. En <http://inicia.es/de/pazen red/tipi4.htm>

con lo cual lo sustancial es especificar si la conducta del autor generó un riesgo por encima del permitido.³²

Cabe indicar, que según muchos autores, entre los cuales está Mario Coged, el criterio del riesgo permitido es y debe ser aplicable para todo delito culposo o doloso siendo esto importante consecuencia del reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor.

Para Claus Roxín *hay exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo*. Expresa que ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.³³

Indica Roxín que quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro, y, aunque no la puede neutralizar, si logra desviarla a un aparte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas solo puede aplazar la inevitable muerte del paciente. Con estos criterios, como ejemplos, Roxín, dice que ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que, mejoran el estado del bien jurídico protegido.³⁴

³² Cfr. Jesús Alberto Gómez Gómez. *La Estructura de la conducta y la Imputación Objetiva*. p.118.

³³ Op.cit. p.365.

³⁴ Op. cit. p. 366.

Además Roxín señala, sobre la exclusión de la imputación si falta la creación de peligro, *que: hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta, pero también otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Y lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable.*³⁵

Como es lógico, dentro de su concepción, una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, solo podrá acarrear por casualidad el resultado, por lo que este no se puede provocar finalmente de ese modo.

Además plantea que *aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido.* Para Roxín el concepto de riesgo permitido es este: una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general

³⁵ Op. cit. pp. 371, 367.

(independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo. Y dice: prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico diario. No se puede negar que el tráfico diario constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico diario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes del bien común. La autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores.³⁶

Roxín analiza la realización del riesgo no permitido así:

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro;
- b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido;
- c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Así, con respecto al punto a), manifiesta que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino en

³⁶ Op. cit. pp. 371, 372.

conexión causal con el mismo. Roxín señala, que aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible, en caso de que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital. Así pues, en el caso de partida el autor ha creado ciertamente un peligro para la vida de la víctima y también ha causado su muerte; pero como no se le puede imputar ese resultado porque este no supone la realización del peligro creado, solo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada, y esto no es un problema de dolo sino una realización del tipo objetivo.³⁷

En cambio en el punto b) sobre la exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido, Roxín señala que en los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Señala que así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso del riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido, y eso falta en muchos supuestos, en los que en concreto se puede volver a efectuar diversas graduaciones.

En criterio de Roxín, el caso relativamente más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración, por ejemplo, el Director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin

³⁷ Op. cit., p.373.

desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo no conocido hasta ese momento en Europa.

Manifiesta Roxín que aquí el autor al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento *ex ante* ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado, si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil y eso lo prohíbe el principio de igualdad, pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado. Por tanto si el fabricante hubiera tenido dolo homicida sólo podría ser castigado por tentativa; y, en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.³⁸

Por último, para el doctrinario alemán, también hay casos en los que la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación del resultado. Y pone los siguientes ejemplos: 1) dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba adelante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado solo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación. 2) Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y esta muere de un fallo cardíaco.

³⁸ Op.cit. pp.375-376.

Aunque ella le había avisado antes de que tenía "algo en el corazón", el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde. En estos casos, expresa Roxín, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención de un internista como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros; e igualmente, el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado. Manifiesta Roxín, que solo hay que ser consiente que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.) y no del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias.³⁹

³⁹ Op. cit. pp. 377-378.

En resumen, la posición de Roxín se sintetiza en el sentido de que para este autor siendo que el Derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, este no tiene como finalidad la protección de todo bien jurídico. Y dice Roxín: "Cuando uno se pregunta cómo es que se puede lograr la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, la respuesta resulta lógica y evidente: si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y este se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido". Por lo que el pensamiento básico para Claus Roxín, de la teoría de la imputación objetiva es que un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.⁴⁰

Para Roxín, en suma: en la categoría del injusto se plasma el fin político-criminal del derecho penal que se traduce en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. De la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos – alega- se deriva la teoría de la imputación objetiva, a través de la cual solo se prohíbe crear riesgos no permitidos para bienes jurídico-penalmente protegidos, y conforme a la cual, procede imputar al autor el daño causado al bien jurídico, siempre que este sea el reflejo de la creación previa de un riesgo no permitido.

En torno al principio del riesgo no permitido, resulta indispensable realizar una ponderación de intereses respecto de cada bien jurídico penalmente protegido, en la cual juegan un papel fundamental los intereses de seguridad y la libertad.

⁴⁰ Cfr. Claus Roxín; *Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania*. Ujijus. México. 1era reimpresión de la 1era edición. 2009. p.20 y ss.

Todas estas tesis se fundamentan en una premisa político-criminal y tienen un sustento en consideraciones orientadas al fin del derecho penal. De ahí que desde los fundamentos, se distinga el sistema por mí propuesto y otros esfuerzos de sistematización hechos en el pasado, basados en los hallazgos objetivos y subjetivos del Ser.⁴¹

La imputación objetiva según Günter Jakobs

Para Jakobs el fin primordial de la pena es la prevención general positiva, es decir, que la sanción busca garantizar las expectativas sociales esenciales a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma. La pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de la norma, a pesar de la ocasional infracción que cometa el agente del delito, además esa sanción pretende lograr el "ejercicio en la fidelidad hacia el derecho", y finalmente, aparece la conexión existente entre la conducta atentatoria de la norma y la obligación de soportar las consecuencias, que el profesor alemán llama: "ejercicio en la aceptación de los costes."⁴²

Es que para el autor alemán, el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma, y ese concepto puede derivar de lo afirmado por su profesor Welzel de la siguiente manera: "Más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acción de la actitud jurídica" y, dentro de la teoría del delito para

⁴¹ Cfr. Claus Roxín, en la conferencia que dictó en México el 25 de octubre de 2007. En obra arriba citada. P. 22 y 23.

⁴² Cfr. Jesús Alberto Gómez Gómez. *La Estructura de la Conducta de la Imputación Objetiva*. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

el eminente alemán, la teoría de la imputación objetiva cumple una función primordial que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente delictivo).

Por ello, para este autor la teoría se divide en dos niveles: a) la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, b) la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

Leamos lo que dice el propio Jakobs: “Lo que caracteriza el comportamiento humano, jurídico-penalmente relevante, no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos -esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc.- sino su significado: contiene el esbozo de un mundo. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de modo objetivo; pues solo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. *Los fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva.*⁴³

Por todo ello, piensa Jakobs que "el principio fundamental de esta teoría es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en

⁴³ Cfr. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base e incompetencia, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se, no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso le competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, dice Jakobs que, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores. Asegura que se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado y que una vez realizada esta delimitación, queda claro qué comportamiento se exige en cada contexto de una persona.

Según Jakobs si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo. Aquí aparecen sin lugar a duda la teoría de los roles.⁴⁴

El autor alemán sostiene que esta teoría se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, y expresa que: Especialmente en los delitos de resultado surge la necesidad de desarrollar reglas generales de imputación objetiva, por el siguiente motivo: la ley menciona solo la causación de un resultado, pero esta causación solo puede bastar si es jurídicamente esencial. El carácter esencial falta no solo cuando se pone de manifiesto, en relación con el tipo subjetivo, que el resultado no era subjetivamente evitable, sino que falta ya cuando el autor no es responsable de

⁴⁴ Cfr. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

aquello a lo que da lugar. Ejemplo: El organizador de una verbena no es responsable de las diversas infracciones penales que tenga lugar en su transcurso (tráfico de drogas, lesiones, injurias, conducción en estado de embriaguez, salida de establecimientos de hostelería sin pagar las consumiciones) o al menos no responsable ya por el mero hecho de haber organizado la verbena.⁴⁵

La mayoría de los doctrinarios que estudian este tema establecen que a criterio de las tesis normativistas de Jakobs, esta teoría tiene cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad: a) el riesgo permitido. Aquí se parte de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de elección. Para Jakobs todo contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe. Dice Jakobs que a través de un apretón de manos, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que era inevitable; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado sin que sea posible percibirlo. Y que nadie puede vivir como un ermitaño fuera del contexto social, al menos esa es la regla general. Y dice el genial autor alemán "que no es posible una sociedad sin riesgo y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgo, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediablemente ha de tolerarse y ello como *riesgo permitido*.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Günther Jakobs. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1997.

⁴⁶ Cfr. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

Se puede definir el riesgo permitido como el estado normal de interacción, es decir como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación. b) **el principio de confianza.** Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. Jakobs sostiene que cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, asegura el autor, no podría haber reparto del trabajo. Por eso existe un principio de confianza.

Günther Jakobs dice al respecto sobre el principio de confianza: En determinados ámbitos -pero solo en determinados ámbitos- también cabe vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien siempre está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la realización de esta, de lo que gana a través del control de otros. Pero esto no es la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Esta, por el contrario, estriba en que el otro es a su vez un sujeto responsable. La idea de responsabilidad quedaría destruida si el otro fuese concebido de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujeto responsable. El principio de confianza puede

aparecer de dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua, si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien le da a otra persona un reloj ajeno de gran valor; esto solo dejará de producir un daño si quien lo recibe lo coge con cuidado. En el caso normal, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada correctamente por parte de un tercero, de modo que quien hace uso de ella, el potencial autor, si por su parte cumple con sus deberes, no genere daño alguno. De nuevo un ejemplo: el cirujano confía en que las herramientas que utiliza en la operación hayan sido esterilizadas correctamente.⁴⁷

Según Jakobs al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza aparece en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. Dice que, en este sentido, puede que se trate de un reparto de trabajo muy denso –en el equipo de cirujanos, en la carlinga de un avión- o más bien laxo –así, en el tráfico rodado, por ejemplo, en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso, y que no cabe imaginar una sociedad sin este punto de partida.⁴⁸

En otras palabras, al decir de Gómez Gómez, el principio de confianza, nos posibilita la división del trabajo social, mediante el reparto de las responsabilidades, exceptuando a las personas que no tienen capacidad para

⁴⁷ Cfr. Gunther Jakobs; *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, pp. 34-35

⁴⁸ Op.cit. p. 35.

responder. Así, el cirujano tiene deberes de vigilancia sobre el galeno asistente no experimentado, y por eso tiene que dar órdenes sin descuidar su cuota personal de trabajo, aunque puede alegar el principio de confianza, si a pesar de ello el auxiliar no cumplió con su rol.⁴⁹

Manifiesta Jakobs finalmente que el principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar). Dice que este principio de confianza no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso, que veremos después. Asegura Jakobs que no se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Dice que mientras en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.⁵⁰

Otro principio fundamental de esta teoría, en el marco del análisis Jakobiano, es la **Prohibición de regreso**. Con este principio pretende el autor enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva.

⁴⁹ Cfr. Jesús Alberto Gómez Gómez; *La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva*, Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 130.

⁵⁰ Cfr. Gunther Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. pp. .253-254.

La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivos-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.

Por eso dice Günther Jakobs que la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico solo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño, y da un ejemplo: el deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor; aquí, según Jakobs, no cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio, toda vez que se trata del ámbito de la *prohibición de regreso*. Además para el autor que analizamos, la limitación de responsabilidad afecta naturalmente también a los hechos imprudentes, por ejemplo, en el caso acabado de mencionar falta el dolo, pero no la previsibilidad del curso causal, el que realiza el pago tampoco responderá por homicidio imprudente.⁵¹

En otras palabras, el principio de prohibición de regreso indica que la actuación no dolosa en delitos dolosos es impune. La prohibición de regreso se da cuando aparecen varias personas aparentemente involucradas, y así, si el deudor paga al acreedor y este utiliza este dinero para traficar estupefacientes o cometer un cohecho, aunque el primero lo sepa, no tiene nada que ver con lo que haga el segundo con su plata, porque quien se comporta de modo socialmente

⁵¹ Op. cit. pp. 259, 260.

adecuado no responde por las consecuencias que otro dé a los acontecimientos.⁵²

Dice Jakobs que la prohibición de regreso no deroga deberes *existentes*, sino que sólo establece que el comportamiento actual es *per se* insuficiente para generar responsabilidad.⁵³

Según el autor que estudiamos:

La responsabilidad jurídico-penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol. Entre los roles de cuya infracción se trata cabe diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, se trata de roles especiales que una determinada persona ostenta porque debe configurar junto con otras personas un mundo común más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre – los padres deben formar con los hijos un conjunto- , o del rol de cónyuge – junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común- , o el de los servicios de urgencia – deben actuar en caso de necesidad por quien no está en condiciones de ayudarse a sí mismo. Estos roles cuando adquieren relevancia jurídica siempre son segmentos referidos a personas de aquellas instituciones que dan a la sociedad su configuración fundamental específica, que se considera indisponible en el momento actual, refiriéndose lo específico de esta configuración a que concurren además de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que se toma como presupuesto. Se trata por ejemplo, de la

⁵² Cfr. Gómez Gómez; op. cit. p. 132.

⁵³ Cfr. Gunther Jakobs; *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p.88.

relación entre padres e hijos (aún), del matrimonio, del estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, etc.⁵⁴

Distingue Jakobs, que los titulares de roles de esa índole responden al quebrantarlos, generalmente a título de autores, ya que deben a la víctima de manera directa el mantenimiento del ámbito común. En este sentido, por ejemplo, el tutor responde como autor de administración desleal tanto cuando dispone el mismo ilegítimamente de la fortuna de su tutelado, como si induce a un amigo suyo a hacerlo, como si no impide a una tercera persona realizar el acto de disposición: también en los últimos dos casos, no es el carácter conjunto de su comportamiento respecto de la actuación de quien dispone del patrimonio protegido, sino la competencia inmediata respecto de ese patrimonio lo que fundamenta la responsabilidad. En el ámbito de estos delitos, de los delitos de deber, solo cabe la responsabilidad a título de partícipe cuando quien se halla obligado por el deber especial carece de un elemento especial de autor.

Es importante señalar que *la prohibición de regreso* la trata Jakobs dentro de la teoría de la autoría y de la participación. Por ello, se considera, por algunos autores, que es una figura autónoma. Así, Yesid Reyes Alvarado dice que la importancia de la prohibición de regreso dentro de la teoría de la imputación objetiva es limitada como figura autónoma, puesto que su funcionamiento está determinado por los presupuestos de riesgos jurídicamente desaprobados y su realización en los resultados penalmente relevantes; dice Reyes: "Siendo entonces una figura que dentro de la imputación objetiva carece de significación

⁵⁴ Op. cit., pp. 73-74.

autónoma, consideramos conveniente analizarla dentro de las particularidades de la realización de riesgos, advirtiendo así, que esa prohibición de regreso puede ser aplicada respecto de todas las modalidades delictivas, por constituir parte de una imputación objetiva entendida por nosotros como uno de los pilares de la teoría general del delito".⁵⁵

Ahora bien, para el eminente profesor alemán, los criterios de la imputación objetiva en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen dos contenidos distintos. Por una parte, dice, se trata de la finalidad propia del Derecho Penal de garantizar la seguridad de las expectativas, ya que de esta finalidad de la regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aun cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. E insiste Jakobs que la teoría de la imputación objetiva sirve a la forma de regulación predominante en Derecho Penal, la de los delitos de resultado.⁵⁶

Otro principio cardinal que estima Jakobs, dentro de la teoría que analizamos es **la actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima**: mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. Aquí esta doctrina (de la imputación objetiva) implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, indudablemente, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Dice Gómez Gómez, autor que

⁵⁵ Cfr. Reyes Alvarado Yesid: *Imputación Objetiva*. Bogotá. 1996, p.331.

⁵⁶ Cfr. Gunther Jakobs; *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p .225.

seguimos en esta parte, que el fundamento conocido como autorresponsabilidad de la víctima, parte del concepto constitucional, según el cual ella tiene capacidad para autodeterminarse, y si la víctima ha intervenido junto al tercero en la actividad generadora del riesgo, este no deberá responder, pues no lo podemos hacer responsable de lo realizado por una persona a quien nadie obligó a arriesgarse. Es decir, la víctima es un sujeto responsable. Por ello se afirma que es mejor hablar de "imputación a la víctima" que "autopuesta en peligro" como dice Roxín, ya que la conducta del tercero es atípica, al atribuir lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima.⁵⁷

Para Jakobs, este principio implica que quienes se arriesgan en una aventura en caso de producirse un daño, no pueden invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, "pues tan tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la conexión negativa en cuanto relación entre iguales."

Gómez en su obra ya señalada dice que, a manera de ejemplo, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una prostituta callejera, y de ese contacto surge el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, la actividad conjunta realizada, que conlleva objetivamente el riesgo de infección hace que el suceso se le impute a la víctima.⁵⁸

⁵⁷ Cfr. Gómez Gómez, op. cit., p.133.

⁵⁸ Cfr. Gómez Gómez, op. cit., p.133.

La crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni hacia ambas posturas

Para el eminente penalista argentino reconocer la existencia no significa plegarse a ninguna teoría de la imputación objetiva, "si por tal se entiende el ensayo de hallar un criterio único que aspire a resolverlos todos y en todas las formas típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas)".⁵⁹

En ese sentido, Zaffaroni critica tanto la teoría del riesgo de Roxín como la teoría de los roles de Jakobs. Y dice el autor que: La principal contradicción de estas teorías radica en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el poder punitivo y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo. Por otra parte, si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el no matarás con el que surgiría del respetarás el rol de buen ciudadano o no aumentarás el riesgo de muerte, parece al menos extraño que pretenda delimitarse una formulación legal mediante conceptos que tienen un significado semántico prohibitivo a todas luces mucho más amplio.

Zaffaroni cuestiona duramente al funcionalismo, en sus dos vertientes (la de Roxín y la de Jakobs) y establece que cabe observar que no existe una estricta explicación del concepto de *riesgo* dentro de esta teoría y, en general, en todo el planteo de las teorías de la imputación objetiva, y dice, que estas toman como equivalentes *riesgo* y *peligro* y siempre son concebidos *ex ante*, con lo cual

⁵⁹ Cfr. Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar; *Derecho Penal - Parte General*, p. 445.

siempre remiten al futuro, con el compromiso que eso importa al principio de lesividad, que en Roxín es menos evidente que en otros autores que rechazan la regla de la realización del riesgo en el resultado.

Afirma categóricamente Zaffaroni que en Sociología se ha distinguido entre *riesgo* como *peligro que se calcula para disminuirlo*, y *peligro*, que puede o no ser calculable, y que, desde esta perspectiva, sería una contradicción afirmar que hay aumentos del riesgo: solo habría aumentos del peligro, y que, por ejemplo, tampoco sería posible afirmar que en el homicidio doloso se aumenta el riesgo de muerte, cuando en realidad se materializa un resultado de muerte.⁶⁰

El profesor argentino critica objetivamente, además, la posición de Jakobs, con su tesis de los roles, que es el fundamento principal de su teoría de la imputación objetiva. Sostiene que el criterio limitativo en función de los roles pareciera ser más reductor del poder punitivo, esto es solo una apariencia que no toma en cuenta datos de la realidad. Expresa que la pretensión de que el autor del delito no incurre en tipicidad objetiva en la medida en que no defrauda su rol, lejos de ser reductora del poder punitivo, como a primera vista puede pensarse, es *altamente reforzadora de la violencia y de la selectividad del poder punitivo*, porque en la práctica estará casi reservada a los funcionarios estatales que lo ejercen, en particular cuando ellos mismos son los que, desde la perspectiva de esa tesis, están defraudando sus roles.

Para Zaffaroni, sostener lo contrario es olvidar toda la experiencia violenta del siglo XX, donde las guerras dieron lugar a un cambio tecnológico fundamental

⁶⁰ Op.cit. p. 450.

en la agresión estatal masiva, y cree que la consecuencia de limitar la imputación en base a roles fijos y abstractos sería la garantía de impotencia frente al propio poder punitivo descontrolado, que hoy se ejerce mediante reparto de roles en abstracto inocuos y en concreto homicidas.⁶¹

Para Zaffaroni, tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles –dos tesis que no pueden superar los estrechos marcos que impone el modelo del desvalor de acción como núcleo del injusto- son intentos de imputar en base a teorías preventivistas de la pena, que no solo tienen como matriz común la teoría imperativa de las normas sino que además no hacen otra cosa que anticipar todo el ejercicio de poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión, sea a través del modelo de la tentativa inidónea dolosa, la tentativa imprudente o la omisión, con lo que se regresa a un equivalente funcional de la peligrosidad del viejo positivismo, donde el peligro no surge de datos del cuerpo, aunque ello se mantenga para la selectividad, sino de la amplitud de su libertad que se convierte en una fuente de riesgo, y al Derecho Penal en un simbólico y material de configuración y normalización de lealtades dudosas. Por ello, Zaffaroni, concluye que se trata, en suma, de diferentes modos de derivar consecuencias para el tipo objetivo a partir de estas teorías de la pena o, lo que es lo mismo de un diseño preventivo/imperativo de norma penal.⁶²

Agrega que la diferencia estriba en que Roxín, aunque reformula la norma (*no matarás* pasa a ser *no aumentarás el peligro para la vida*) sigue teniendo como base el bien jurídico afectado; pero con Jakobs –al igual que en el desvalor de

⁶¹ Op.cit. p. 454.

⁶² Op.cit. p. 454.

acto— el bien jurídico se opaca completamente. Para Jakobs el rol, entendido como deber jurídico, tiende a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico; la función preventiva se limitaría a reafirmar los roles mediante la pena. Todo ello sin contar con que, al transferir la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca una generalización del conocido fenómeno de mayor amplitud semántica de la prohibición cuando se invierte el enunciado en preceptivo, razón por la cual luego se ve necesitado de ensayar un complicadísimo y casuístico arsenal de limitaciones; entre ellos, la creación de una situación de garante para cada situación, lo cual culmina⁶³ en una contradicción: apela a una fórmula general válida para la omisión propia como límite para la impropia tipicidad omisiva, pero en el ámbito de la tipicidad activa. De allí que, en cierto momento se refiera a omisiones propias cometidas activamente.

Se ha determinado que una de las características más destacadas de la evolución de la discusión dogmática de las últimas décadas es la tendencia hacia la normativización de los distintos elementos de la teoría del delito que se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir. Específicamente, respecto de los delitos de resultado, se asegura que para la construcción dogmática debe ser evidente que la causación evitable de una lesión no puede bastar, ya en un plano objetivo para dar lugar a una desvaloración jurídico – penal de la conducta en cuestión. Se dice que dentro de la teoría del tipo objetivo no todo es asunto de todos como asegura Jakobs, o en otras palabras no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a

⁶³ Op.cit. p. 455.

razones que dependen del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico. Para matar es preciso no solo causar la muerte, sino que esa muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como su autor, es decir, como hecho suyo, como pertenecientes a él.

Por ello, en el marco de esta teoría, solo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico. Con la concreción de esta teoría se pretende resolver muchos supuestos que desde hace años presentan dificultades para su tratamiento jurídico-penal Y esta tesis o teoría se configura como un elemento fundamental de una concepción funcional de la teoría del delito. Roxín estructura o vincula esta teoría sobre el principio del riesgo de la manera siguiente: Un resultado causado por el sujeto que actúa solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción: 1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, 2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Sobre esta base, Roxín propuso para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes criterios: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y, d) la esfera de protección de la norma.

Sobre esta base los doctrinarios sostienen, de manera mayoritaria que esta teoría de la imputación objetiva, la conciben como una teoría de imputación *del resultado*. Pero a pesar de ello, también otros autores, entre ellos Jakobs, ha

propuesto orientar la teoría para entenderla como revisión de la teoría del tipo objetivo. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica. Y todo ello en el marco de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de los últimos años.

En síntesis, toda la teoría que hemos analizado responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo; y, por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado casualmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico. Por ello se dice que la doctrina de la imputación objetiva responde a dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

En la imputación del comportamiento ha de comprobarse que la conducta del agente responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Las características generales se resumen en tres instituciones *dogmáticas*, que hemos estudiado anteriormente: *riesgo permitido*, *prohibición de regreso* e *imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. En la imputación objetiva del resultado se explica el resultado lesivo producido; y ello entraña, que solo podrá considerarse el resultado como consecuencia de la conducta típica cuando esta aparezca como el factor causal determinante del resultado; en este sentido, como es natural, esta cuestión adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento típico, otra explicación alternativa, como puede ser un accidente o la conducta de otro sujeto.

La afirmación fundamental de Jakobs en esta teoría son sus niveles de análisis que parten de la premisa que el fin principal de la pena es la prevención general positiva, es decir que la sanción busca garantizar las expectativas sociales esenciales. La pena confirma, según, este autor, la confianza en la norma, y por ende, la sanción penal pretende lograr el "ejercicio en la fidelidad hacia el derecho", por eso que para Jakobs el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma. En esta tendencia se configura lo esencial de Jakobs, su aportación a la teoría que estudiamos, que son las cuatro instituciones a través de las cuales debe realizarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo de la víctima y prohibición de regreso.

Creemos que la teoría jurídica del delito tiene como objeto fundamental explicar qué es el delito y cuáles deben ser las características que debe tener un comportamiento para ser considerado punible. Y por ello, se considera básico que todas las doctrinas y teorías dogmáticas, y por ende, específicamente la teoría de la imputación objetiva, se encuadran o insertan, dentro del estudio de la Teoría del delito. Por ello, sostenemos, y hemos probado en este trabajo, que la teoría de la imputación objetiva se inserta en el elemento de la tipicidad del delito, es decir, es exacta la idea de que solo son típicos aquellos comportamientos que la ley describe en un precepto legal, y por ello decimos, que un comportamiento del mundo real es típico, cuando coincide con el descrito en la norma.

En los llamados delitos de mera actividad (por ejemplo, el delito de evasión) que son los delitos que se satisfacen con mera conducta del sujeto, no existe mayor dificultad, toda vez que la comprobación es fácil; pero en los delitos de

resultado, es decir aquellos en los que es necesario que la acción se concrete o enlace en un resultado, como el delito de homicidio, esta comprobación no es tan fácil, en virtud de que aquí es necesario demostrar que ha sido el comportamiento del sujeto el que ha producido el resultado. Discutir este tema en la doctrina del Derecho Penal constituyen las llamadas teorías de la causalidad, y tenemos algunas de ellas: a) teoría de la condición o equivalencia, b) teoría de la adecuación, c) Teoría de la relevancia, d) Teoría de la adecuación social.

En la moderna ciencia del Derecho Penal, si bien se considera que la relación de causalidad es necesaria e indispensable para considerar que un resultado es típico, es decir que corresponde con el que la norma prohíbe, dicha relación de causalidad, por sí misma no es suficiente (así lo admite el eminente jurista Willman Durán Ribera). Para este autor, se asegura en la doctrina que en los delitos de resultado, la causalidad es necesaria pero no suficiente, dado que se requiere para considerar un resultado como prohibido, además de la relación de causalidad, la imputación objetiva del resultado. ¿Qué significa esto? Significa que para que se responda por un resultado, es necesario que más allá de que el comportamiento lo haya causado, que dicho comportamiento constituya la explicación de ese resultado.

Bajo esta óptica, lo más importante no es si la acción del sujeto causó el resultado, sino, si podemos considerar dicha acción como explicación del mismo. Y es que sucede –como señala Günther Jakobs- que hay tres posibilidades –acumulables- para explicar a través de la imputación un curso lesivo. La primera de las posibilidades consiste en imputar el resultado lesivo a

la propia víctima. Por ejemplo, quien manosea una nueva máquina peligrosa crea el riesgo de sufrir un daño, significando esto que quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe preocuparse de que ningún curioso se lesione. Por último cabe imputar a terceros (por ejemplo, a quien diseñó la máquina por no haberse ocupado de que todas las piezas peligrosas sean seguras, cualesquiera sean las condiciones de funcionamiento).

Estas explicaciones admiten ser combinadas, pero cabe también una última posibilidad y es que el resultado se explique sin imputación, es decir que no pueda atribuírsele a nadie, sino al destino (por ejemplo, la máquina se diseñó bien, se puso correctamente en funcionamiento y la víctima actuó por curiosidad solo que tuvo mala suerte, puesto que evitar todas las desgracias resulta imposible). En este caso no hablamos de imputación.⁶⁴ La teoría de la imputación objetiva desarrolla los criterios que permiten soluciones aceptables.

En definitiva, la teoría de la imputación objetiva tiene básicamente por objeto de que en todo tipo penal existen cualidades objetivas. Se parte de dos ideas básicas:

A) El resultado solo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro sobrepase el riesgo permitido.

B) Se conceptualiza el riesgo permitido como la determinación descontextualizada de ámbitos de responsabilidad, "de riesgos" (comportamientos peligrosos) que están dentro del ámbito de libertad de los

⁶⁴ Cfr. Willman Ruperto Durán Ribera. *La moderna Teoría de la Imputación Objetiva*, en: <http://www.foropenalvenezolano.org>

ciudadanos. Ponemos un ejemplo que los doctrinarios lo utilizan siempre: El automovilista que se comporta conforme a las reglas del tránsito (tráfico) y a pesar de ello se ve envuelto en un accidente en el que muere una persona. No es que haya matado en el sentido del tipo sin dolo o sin culpa, sino que no ha matado en el sentido del tipo activo, ya que el tipo no prohíbe conducir conforme a las reglas del tránsito, y ello con independencia de cual sea la representación psíquica del sujeto; esto significa que así el sujeto se haya representado la posibilidad de matar y realmente mata, el comportamiento no es típico, por cuanto no llena las exigencias del comportamiento del tipo objetivo.

¿Cuándo se traspasa el ámbito del riesgo permitido? En los delitos de lesión, para que la acción sea considerada como típica, es preciso que "ex ante" sea previsible que la acción causaría el resultado. Toda actividad humana, genera riesgos, comportamientos peligrosos, pero tolerados y nuestra doctrina ha demostrado inequívocamente que solo aquellos comportamientos que crean un riesgo jurídicamente desaprobados (porque van más allá del nivel de riesgo permitido), pueden ser objeto de valoración jurídico-penal. Solo los comportamientos desaprobados por el sentido de la norma pueden conformar la materia de prohibición (pueden ser considerados típicos). Así, si el comportamiento ha creado un peligro, pero ese peligro no ha sido el que la norma ha querido desaprobado, faltaría ya el presupuesto básico, para formular el juicio de imputación. Por ejemplo: si un conductor circula a una velocidad no permitida en las proximidades de un colegio y mata a un suicida que se arroja ante su vehículo. Ahí se están dando todos los elementos expresos integrantes de la tipicidad del homicidio imprudente, en cuanto a que una acción negligente ha sido causante de un resultado típico. Sin embargo, un elemental análisis del

fin de esa regla de circulación con la que se conecta el tipo del homicidio imprudente (la ley establece que la velocidad debe reducirse en las proximidades de los colegios en las horas de entrada y salida), nos indica que el sentido del precepto legal, no es el que de que se quiera evitara atropellos o muertes o suicidas, de ahí que esa muerte aparentemente típica, no sea objetivamente imputable al autor. Esa es la función primordial que cumple la imputación objetiva, la de integrar elementos del tipo no descritos en la ley penal, pero que de manera obvia se encuentran en ella.

Continuando con las consecuencias teóricas de este instituto y vinculando a esta teoría con las realidades prácticas, para demostrar su validez, aparte del ejemplo anteriormente descrito, diremos, siguiendo al autor Durán, que puede ocurrir que el comportamiento sea peligroso, pero el resultado no se produzca como consecuencia de dicho peligro, sino de uno distinto. Así, por ejemplo: Dos personas secuestran a un importante empresario. Cuando ya han recibido el precio del rescate y conducen al secuestrado a un vehículo con la finalidad de dejarlo en libertad, son atropellados por un camión de alto tonelaje al cual se le habrían roto los frenos, muriendo como consecuencia del impacto la víctima del secuestro. Preguntamos: ¿Debe imputarse la muerte a los secuestradores? Creemos que no, el Derecho Penal no puede interferir en los resultados del destino. Esto explica, dice Durán, que un comportamiento que en el momento de su realización es peligroso (por sobrepasar el nivel del riesgo permitido), no deja de serlo por el hecho de que no se produzca un resultado lesivo y viceversa, lo que no es peligroso en el momento de su realización no se convierte en peligroso por el hecho de que sobrevenga un resultado lesivo.

Por otro lado, el acierto dogmático del aporte de Günther Jakobs en esta teoría es indiscutible toda vez que sus institutos (principio de confianza, prohibición de regreso, etc., que hemos analizado en la tesis) en la actualidad están siendo discutidos por sus valiosas concepciones en la doctrina.

A continuación expondremos algunos ejemplos que la mayoría de la doctrina utiliza con respecto a la aplicabilidad práctica de la Teoría de la Imputación Objetiva y que tiene relación sobre la concepción de que toda conducta atípica se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y en la realización de ese riesgo. Estos ejemplos están contenidos en la ponencia "La Dogmática Penal Moderna Alemana: El funcionalismo de Günther Jakobs", presentada en el I Congreso de Derecho Penal de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho en Mayo del 2005, por la Dra. Mónica Fernández Sánchez.⁶⁵

1. Si un médico desconecta un aparato que prolonga artificialmente la vida de un paciente en estado de coma irreversible y el paciente muere, hay una causalidad efectivamente ya que producto de la acción de A, B muere; pero no le es imputable el resultado según el funcionalismo porque A no ha realizado una conducta típica porque no tiene el deber de evitar ese resultado ya que no debe prolongar indefinidamente la vida.
"Deber de evitación del resultado."
2. Si un mesero en una cantina vende bebidas alcohólicas a una persona que ebria manejará su vehículo y se produce un accidente, el hecho no le puede ser imputado al mesero, pues a pesar de la relación

⁶⁵ Véase Willman Ruperto Durán Ribera. *La moderna Teoría de la Imputación Objetiva*; en: <http://www.foropenalvenezolano.org>.

causal A dio bebidas alcohólicas en exceso a B y producto de la ebriedad B colisionó, A no se encuentra en posición de garante frente a B, es decir no está dentro de su ámbito de competencia ni la seguridad en el tránsito ni la vida del cliente.

3. Un vendedor de armas que está legalmente autorizado vende un revolver a alguien aun cuando sabe que lo destinarán para un homicidio no es cómplice porque actúa dentro del riesgo socialmente permitido, es decir no es un riesgo jurídicamente desaprobado, actúa dentro de su rol y no defrauda las expectativas de la norma y por ende no está fuera de la valoración social del suceso.
4. Un mesero que fue estudiante de botánica conoce que una de las plantas que se están sirviendo en las comidas puede ocasionar resultados de intoxicación. Él tiene conocimientos que como mesero superan los exigibles a un mesero normal, al no interrumpir que se sigan cocinando las plantas tóxicas él no defrauda la expectativa social, porque él allí no actúa como botánico, porque nadie espera de un mesonero que tenga conocimientos en botánica.
5. Un taxista que transporta a un pasajero hacia un destino donde este va a cometer un hecho punible, no responderá como cómplice del hecho punible porque existe una prohibición de regreso sobre la conducta del taxista que el delincuente aprovechó para cometer su fechoría, además el taxista obra según las expectativas que socialmente se exigen de él.
6. Un acreedor le paga a un deudor y este destina el pago de la deuda a una actividad delictiva. El acreedor no tiene

ninguna responsabilidad sobre el destino que se le dé al dinero que lícitamente se ha cancelado, hay una prohibición de regreso.

7. Un médico que dirige una operación puede confiar en que su equipo cumplirá cabalmente las funciones que le son atribuidas. Así durante la operación si el material quirúrgico no estaba debidamente esterilizado no responde el médico. Hay un principio de confianza y de autorresponsabilidad por medio del cual será el otro quien responda de la actividad de riesgo jurídicamente desaprobado.
8. Si en el mismo caso anterior el médico no asignó correctamente las funciones a su equipo y las órdenes no fueron claras responderá por defecto de comunicación y coordinación en su equipo. Su posición de garante le impone un deber de cuidado particular sobre el equipo que dirige en la asignación de los roles que cada uno cumplirá.
9. Un enfermo le pide a su sirvienta que deje las ventanas abiertas del cuarto, producto del frío extremo se agrava su salud y muere. La sirvienta no es responsable porque no tenía competencia para evitar ese resultado por el rol que asume en ese hogar, es decir no está dentro de sus obligaciones informar sobre el riesgo que eso podría ocasionar, por ende el médico asume su responsabilidad. Acción a propio riesgo.
10. Con la intención de matar A dispara contra B, pero solo lo lesiona, B es trasladado a un hospital donde muere producto de una infección por el material médico infectado. En este caso, A no responde por la muerte, pues si bien ha ocasionado un riesgo jurídicamente desaprobado como lo es disparar para quitarle la vida a alguien, el riesgo efectivamente no fue

concretado en el mismo resultado, toda vez que la muerte de B es producto de un riesgo no atribuible a A.

2.2.2. Del principio de imputación necesaria.⁶⁶ Elementos

Este principio es inherente al principio acusatorio e implica que la imputación no sólo debe ceñirse a la existencia o no de la comisión de un delito, sino –sobre todo- a que la comisión de tales hechos estén vinculados –a través de pruebas indiciarias- con su presunto autor o autores⁶⁷, por lo que la imputación (hechos/presunto autor) debe realizarse de manera concreta, cierta e individualizadamente –lo que en doctrina se denomina *nexo causal*- de ningún modo puede generalizarse, pues implicaría una afectación al derecho de defensa⁶⁸ y al principio de presunción de inocencia.

⁶⁶ Está implícito en el artículo 8.2.b de la Convención que señala el derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Huerta, op. cit., p. 51 afirma: “Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permite preparar adecuadamente los argumentos de descargo. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación.” En el Caso Castillo Petruzzi, la CIDH sostuvo: “Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaran con una defensa adecuada.”

⁶⁷ Vásquez Vásquez, Marlio, en su *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?*, publicado en la revista *Actualidad Jurídica No.136*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2005, pág. 14, nos dice: “Puede entenderse que en un caso concreto exista suficiencia probatoria sobre la realización de un hecho delictivo, pero resulta totalmente diferente a ello que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Puede contarse con suficientes elementos probatorios sobre la existencia de un delito de homicidio, porque conocemos la presencia del cadáver y la causa violenta de la misma, pero no existir suficientes elementos probatorios respecto a la participación del imputado en ese hecho.”

⁶⁸ Tiedemann, op. cit., p. 212, afirma que: “La protección de los Derechos Humanos en el proceso de partes (nosotros también consideramos que aun en el modelo de proceso inquisitivo reformado) empieza y termina con que todo inculpado en todo proceso penal tenga de su parte una defensa eficiente, bien preparada, en *igualdad de armas* con la acusación.”

Solo con una clara y precisa imputación de los hechos podremos hablar de que los justiciables en un proceso penal se encuentran de manera efectiva en igualdad de armas⁶⁹ y se promoverá adecuadamente el contradictorio, permitiendo a la defensa contradecir no sólo la prueba de cargo, sino también la propia calificación jurídico-penal que se le imputa.⁷⁰ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, en su STC 176/1998:⁷¹ cuando resolvió que ello ...“constituye una exigencia ineludible vinculada a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos jurisdiccionales de posibilitarlo.” Más adelante, en la misma sentencia se lee: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos

⁶⁹ Oña Navarro, en su *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, En: *Constitución y garantías procesales*, revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2004p. 215, cita la STC 178/2001 expedida por el Tribunal Constitucional español, que afirma: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.” Por su parte, Pedro Angulo Arana en *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 181, sostiene que: “Podría argumentarse que considerar parte al Ministerio Público constituye una necesidad para despojarle así de imperium y constituirlo en igualdad de condiciones con el procesado o procesados, de modo que concurra con aquellos en igualdad de armas y no exista ventaja a su favor. En realidad como dice Iñaki Esparza, la igualdad de armas se configura de modo distinto en cada realidad, según se configure la acción penal como pública o no. Sin embargo, llega a concluir que los medios que posee el Estado son infinitamente mayores a los que el inculpado podría emplear en su defensa. Esa realidad es reconocida en la doctrina alemana, donde se prefiere hablar de igualdad de oportunidades o “chancengleichheit”. En realidad, la igualdad de armas, en tanto igual condición, instrumentos y potestades resulta imposible de conseguir y sólo puede tratarse durante el juicio oral (al tratar) de equilibrar las oportunidades dadas a la defensa con las concedidas a la acusación.”

⁷⁰ Oña Navarro, op. cit., sostiene: “En todo caso, la contradicción ha de extenderse tanto a la oposición o discusión sobre las pruebas aportadas y practicadas sobre los hechos que sirven de soporte a las imputaciones como a las cuestiones procesales y jurídicas (así, la STC 33/2003, del 3 de febrero de 2003, reitera que el derecho de defensa comprende no solo el derecho de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación sino también los elementos esenciales de la calificación jurídica, al afirmar “*el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación... tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae precisamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio... pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.*”).

⁷¹ Citado por Jaén Vallejo, op. cit., p.77.

medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigatoria que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.”⁷²

Igualmente, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 19/2000)⁷³ se dice: “De suerte que conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan.”⁷⁴ En el mismo sentido, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 134/1986)⁷⁵ se dice: ...“el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpado determina el alcance de la cosa

⁷² Citado por Oña Navarro, op. cit., p.214.

⁷³ Citado por Oña Navarro, op. cit., p. 178,

⁷⁴ Reyna, op. cit., p.226, sostiene: “El derecho a una defensa material tiene como una de sus expresiones más trascendentes el derecho del ciudadano a ser informado de la existencia de la imputación penal en su contra, de conocer los estrictos términos de tal imputación y de saber cuál es el material probatorio en que esta se encuentra sustentada. El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 30 de setiembre de 2002 (STC 170/2002) indica que el derecho a ser informado de la imputación: “Consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (...) convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan.”

⁷⁵ Citado por Oña Navarro, op. cit., pp. 178-179.

juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando, la acusación así comunicada, la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto.”

A mayor abundamiento, Tiedemann⁷⁶ sostiene que una condición previa absolutamente necesaria para toda defensa es la de conocer el contenido de la imputación en el primer interrogatorio, sea policial o judicial. Omitir esta información al inculcado es lo mismo que tratarle como objeto del proceso, que se desarrolla sin su activa participación y sin contradicción posible. Es solamente con el conocimiento de la imputación cuando el inculcado puede decidir si se defiende de manera activa o guarda silencio.

De este modo, sostenemos que en la propia denuncia de parte, al formular denuncia penal o acusar, por parte del Ministerio Público⁷⁷, así como al abrir instrucción, por los órganos jurisdiccionales, el principio de imputación necesaria se cumple plenamente si en las referidas resoluciones se indica de modo preciso:

⁷⁶ Op. cit., p.185.

⁷⁷ Angulo, op. cit., p. 233, sostiene que: “El deber de motivar constituye una vacuna imprescindible que previene la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley otorga a los fiscales, para el cumplimiento de los fines de su institución. Utilizar arbitrariamente su poder significaría atropellos, abusos e irrespeto al derecho de los ciudadanos, lo que puede configurar prevaricato, abuso de autoridad u otros delitos funcionales o diversas irregularidades. Tal deber de motivar debidamente es imprescindible que se exija, sobre todo teniéndose en cuenta el espacio de discrecionalidad otorgado por la ley al fiscal. La motivación, en la parte analítica o considerativa de sus pronunciamientos, sirve, además, para legitimar las expresiones de decisión u opinión de los fiscales, ofreciendo la posibilidad al ciudadano de analizar y criticar sus razonamientos, facilitándole la posibilidad de argüir en su defensa, puntos concretos ante la instancia superior a la que se podría recurrir en queja. En la actividad de motivar, el Ministerio Público acepta el cuestionamiento de sus expresiones de decisión u opinión y las somete a que justifiquen su razonabilidad.”

- a. En un lenguaje sencillo y claro, la descripción de los hechos, conductas u omisiones consideradas delictuosas, el modo, forma y circunstancias en que se produjeron, con precisión de día, hora y lugar, es decir, que comprenda todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal denunciado, cuidando sus aspectos temporal y geográfico. Reiteramos que debe indicarse, si los presuntos autores son varios, qué hechos en concreto se imputa a cada uno de ellos, cuál ha sido su aporte individual para la comisión del delito denunciado, los indicios que lo vinculan individualmente⁷⁸ con los hechos; pues de hacerlo de forma generalizada se estaría afectando el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa de los procesados⁷⁹.
- b. Quién o quiénes son los presuntos autores del delito denunciado, con expresa mención del grado de participación que se le imputa a cada uno de ellos: autor (directo o mediato), coautor, instigador o nivel de complicidad.⁸⁰

⁷⁸ Castillo Alva, José Luis; en su *El principio de imputación necesaria – Una primera aproximación*. Revista Actualidad Jurídica No.161, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2007, p.139, afirma: “Todo hecho y su calificación jurídica o, mejor dicho, cada delito que se imputa y su denuncia debe necesariamente cumplir con la exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Al respecto no hay excepción alguna. Ello se basa en el respeto a la vigencia del derecho de defensa, en donde cada delito que se imputa debe tener de modo obligatorio su correlato en la precisión de un hecho determinado.” Más adelante se agrega: “La exigencia de motivación individualizada nace de la consagración constitucional (art. 1 de la Constitución) y legal de que la responsabilidad penal es personal e intransferible (art. VII del Título Preliminar del Código Penal) y no común y solidaria como, por ejemplo, ocurre con la legislación civil (v.gr. reparación civil solidaria).”

⁷⁹ Castillo Alva, José Luis, en “*El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa*”. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 150. Lima, mayo 2006, p.133, afirma que el derecho a la defensa ...“se materializa en la facultad que tiene toda persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictuoso a poder acceder a la información que se encuentra en manos de la autoridad competente para que tome conocimiento de la formulación de cargos y de todas las pruebas que puedan obrar en su contra.”

⁸⁰ Castillo Alva, *El principio de imputación ...* op. cit., p.140 sostiene que: “el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices o instigadores

- c. Cuáles son las pruebas indiciarias⁸¹ o iniciales con que se cuenta y que vinculan⁸² –como vemos, no se trata de cualquier prueba- a los procesados con los hechos denunciados⁸³.
- d.Cuál(es) es(son) el(los) tipo(s) penal(es) en que se encuadra(n) los hechos denunciados, con indicación expresa de la modalidad delictiva o de las circunstancias agravantes, si es que lo hubiere.

que lesionan el bien jurídico de modo accesorio.” En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el Exp.8125-2005-PHC/TC – Caso Jeffrey Immelt, sostuvo que ...“la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.”

⁸¹ En Angulo, op. cit., p. 303, se lee: “Para Mixán, el indicio es un dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*. El indicio no es solamente un hecho en sentido estricto (hecho cierto, en términos usuales) sino que también puede serlo un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. por eso le denomina dato real, lo que importa, también, que debe estar fehacientemente acreditado. La función del indicio no es lograr el pleno convencimiento del juez, sino que se parece a la *fehaciencia* alemana, referida por Rafael de Pina, pues su sentido es el *mero reconocimiento de la verosimilitud del hecho alegado* y, por ello, como sostiene Londoño, sirven para empezar el proceso penal.” Más adelante, el mismo autor, p. 339, sostiene: “La prueba indiciaria constituye un todo (prueba) que incluye al indicio o a varios indicios, pues la prueba indiciaria, como bien sostiene Mixán, es un concepto jurídico-procesal compuesto, que incluye subconceptos: a) el indicio (dato indiciario), b) la inferencia aplicable (conforme a reglas) y la conclusión inferida (llamada presunción de juez o presunción de hombre); elementos todos que conducen al descubrimiento (razonado) de lo indicado por el indicio.”

⁸² En el Exp.No.5325-2006-PHC/TC – Caso David Jiménez Sardón, nuestro Tribunal Constitucional sostuvo que: “En el presente caso se advierte que la imputación penal materia del auto ampliatorio cuestionado adolece de falta de conexión entre los hechos que configuran las conductas ilícitas penales atribuidas al beneficiario y las pruebas que se aportan como sustento de cargos. No se advierte en dicho auto la delimitación concreta y precisa de la relación de causalidad que denote la verosimilitud de las imputaciones que se inculpan al afectado, lo cual perjudica ostensiblemente un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa, más aun si el favorecido ha sido pasible de una medida coercitiva que restringe su libertad individual, situación que legitima su reclamación de tutela constitucional urgente.”

⁸³ Reátegui Sánchez, op. cit., p.122, afirma: “El derecho de defensa requiere que la defensa sea suficiente en todos los puntos del iter inculpativo. Este derecho a acceder a la información es muy amplio, es decir, no puede ser restringido. Una investigación donde el imputado no puede saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas, es absolutamente inconstitucional.”

2.2.3. Del principio de imputación necesaria en la doctrina del Tribunal Constitucional

En el Exp. No.0056-2004-HC/TC – Caso Manuel Contreras Cardoso, el Tribunal Constitucional sostiene que se viola al principio de imputación necesaria cuando no se precisa el tiempo y la circunstancia en el que ocurrieron los hechos. De este modo:

“Este Tribunal advierte que la sentencia condenatoria no determina con exactitud el momento en que ocurrieron los hechos que se le imputan al accionante, señalándose de forma genérica que participó el actor en atentados terroristas, entre ellos un paro armado ocurrido en 1991, y haber iniciado su participación en un organismo de fachada de Sendero Luminoso el mismo año, agregando, además, que el acusado se alejó de la subversión, sin indicar, sin embargo, el momento en que ello se produjo.”

“Como es de verse, el órgano jurisdiccional penal no determinó con precisión el momento en que ocurrieron los hechos delictivos imputados, pese a que de ello dependía en gran medida el grado de afectación de la libertad individual del imputado.”

Tenemos también el Caso Victor Raúl Martínez Candela, Exp. No.1166-2003-HC/TC, en el que se establece la relación existente entre el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa. Así:

“[...]Respecto a la supuesta falta de fundamentación en la imputación del delito de prevaricato, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N.º 24388, establece que el auto apertorio de instrucción “expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado.” Dicha disposición legal guarda directa relación con el derecho de defensa, pues sólo conociendo cabalmente la conducta que se le atribuye y la falta que se le imputa, podrá el inculpado ejercer eficazmente los medios de defensa que la ley le franquea.”

Veamos al respecto lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional. En el Exp. No. 3390-2005-PHC/TC – Caso Margarita Toledo Manrique, el intérprete supremo sostuvo que se viola al principio de imputación necesaria al no precisar, en el auto apertorio, la modalidad delictiva que se le atribuye y que genera estado de indefensión. Así: [...] “el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y

defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.”

“Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional.”

“La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2.º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “[N]adie será 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 (...)” Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles (...)

“Por consiguiente, este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria **no** tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas

previstas para el delito que se le instruye, las mismas, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor. En tanto que, a nivel procesal, al prever el Código penalidades distintas para ambas modalidades, la prognosis de pena a evaluar para el dictado de la medida cautelar también será diferente, como también lo será la situación jurídica del procesado; irregularidad que, a su vez, transgrede el principio de legalidad procesal. Ello exige que las irregularidades sean subsanadas, en aras de la tramitación de un proceso regular.”

El desarrollo de estos conceptos, de una manera más precisa, lo encontramos en las sentencias recaídas en los Exp. 8123-2005PHC/TC – Caso Nelson Jacob Gurman y Exp. No. 0174-2006-PHC/TC – Caso Jhon Mc. Carter y otros, en donde el Tribunal Constitucional al hacer una especial referencia a la falta de motivación del auto apertorio de instrucción, sostiene que se produce la afectación al derecho de defensa al no individualizarse la imputación que recae sobre los procesados: ...“uno de los contenidos esenciales 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 inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que 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.”

“En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción que se ordenó dictar contra los beneficiarios, por la falta de motivación. Al respecto, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley 28117) regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece:

Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.

“Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera debe ser efectuada con criterio constitucional de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los

objetivos de la ley procesal el conformarse con que la persona sea individualizada cumpliendo no solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, contra los que *resulten responsables*, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia, será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.”

“Esta interpretación se condice con el artículo 14, inciso 3, literal b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a este respecto, comienza por reconocer que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y, *en forma detallada*, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. Con similar predicamento, el artículo 8, numeral 2, literal a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...]b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada”. Reflejo de este marco jurídico-supranacional es el artículo 139, inciso 15, de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: “El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención”. Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su

propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.”

“Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (f. 392), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, podemos afirmar que tal resolución no se adecua en rigor a lo que estipulan, tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda de que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que *“El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado”*.

“En otras palabras, la protección constitucional del derecho de defensa del justiciable supone, a la vez, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción. Esta no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le imputan, sino que comporta una ineludible exigencia, cual es 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, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada que limita o impide al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.”

“En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales de forma razonable y proporcional, lesionando el derecho de defensa del justiciable, al no tener este la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se le atribuye, al amparo del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú.”

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el Exp. No. 8125-2005-HC/TC – Caso Jeffrey Immelt y otros, en donde se dice: “Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal “b” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: ” *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada , de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*”. Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal “a” de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada*”. Reflejo de este marco jurídico

supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: “*El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención*”. Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.”

“Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: “*El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación,*”⁸⁴

⁸⁴ Reiteramos, entonces, que el Juez penal debe –al abrir instrucción- precisar en detalle y de forma individualizada cuáles son los hechos que se imputa específicamente al procesado o a cada uno de los procesados, no puede hacerse de manera genérica para todos los inculcados o con fórmulas vacías de contenido como: ...“estando a las condiciones personales del procesado”... o ...“en atención a las pruebas que fluyen de autos”... (pero no se especifican cuáles) hacerlo de esta manera afecta gravemente el principio de presunción de inocencia y, por tanto, el debido proceso (derecho a la defensa por violación del principio de imputación necesaria). Al respecto, Juan Igartua Salvatierra, en su *La motivación de las sentencias y su ubicación en el texto constitucional – España*. Material de estudio del curso de Despacho Judicial e Interpretación Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNMSM, afirma que ...“en ocasiones los tribunales, con la cita genérica de algunos precedentes suyos, intentan motivar algo sobre lo que no han dicho ni una palabra.” Róger Zavaleta y otros, por su parte, en *Razonamiento Judicial*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima 2004, p.408, nos dice: “Típico de esta clase de vicio es cuando en las resoluciones se hace una mera descripción de los hechos sin relacionarlos con prueba alguna, así como hacen una vaga alusión a todas las pruebas aportadas al proceso, cuando asevera que un hecho está probado, pero no indica la fuente o prueba de tal afirmación, las que se apoyan en pruebas ilícitas, entre otras.”

la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado”.[...]”⁸⁵

[...] cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.”

[...]la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo *de* aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la 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, y no como en el

⁸⁵ Roxín, op. cit., p. 184, afirma que: “Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculcado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia sus puntos de vista sometidos a discusión.” Más adelante continúa: “La exposición del caso del inculcado sirve no sólo al interés individual de éste, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contrargumentos ponderados entre sí.”

presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.”

2.2.4. El principio de imputación necesaria y su relación con el derecho de defensa

No queda duda que el derecho de defensa se yergue sobre todo el proceso penal -y aun antes, desde la etapa de investigación policial-⁸⁶ como un escudo, una garantía trascendental para que los justiciables no vean afectados sus derechos que incluso pueden ser originados por una actuación inapropiada de él mismo⁸⁷; será el Juez Penal el obligado de calificar y señalar las imputaciones que en concreto, ciertas e individualizadamente se formulen contra el procesado por parte del Ministerio Público, pues los mismos van a ser la guía de todo el proceso penal⁸⁸. Así, el defensor sabrá cómo ejercer adecuadamente la defensa

⁸⁶ A tenor del artículo 139 inciso 14 de la Constitución, esta protección comprende desde la etapa de la investigación policial o desde el momento de la detención de la persona.

⁸⁷ Roxin, op. cit., pp.184-185, sostiene: “Con frecuencia el mismo inculpado no puede exponer su punto de vista en forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de la justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su opinión oralmente o por escrito. Ante todo, le falta el conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas. Si se encuentra el inculpado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto a sus posibilidades de defensa, especialmente en lo relativo a investigar circunstancias exculpatorias. El inculpado no tiene normalmente, por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo ante el fiscal, formado jurídicamente, que dispone además de facultades coercitivas y del aparato investigador policiaco. (...) Por eso, en interés de la limpieza del proceso penal, así como del hallazgo de la verdad, es irrenunciable el que sea puesto al lado del inculpado, en todos los casos importantes, una persona correspondientemente formada: el defensor.”

⁸⁸ Reyna, op. cit., p.226, sostiene: “El derecho a una defensa material tiene como una de sus expresiones más trascendentes el derecho del ciudadano a ser informado de la existencia de la imputación penal en su contra, de conocer los estrictos términos de tal imputación y de saber cuál es el material probatorio en que esta se encuentra sustentada. El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 30 de setiembre de 2002 (STC 170/2002) indica que el derecho a ser informado de la imputación: “Consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga

de su patrocinado, pudiendo ofrecer y actuar pruebas para enervar las de cargo o con el fin de mitigar su responsabilidad, el Juez sabrá lo que se va a investigar como hecho delictuoso y sólo se actuarán y debatirán las pruebas pertinentes, el Fiscal finalmente acusará, si así correspondiera, la defensa expondrá sus alegatos finales, y el Juez emitirá sentencia sobre todo lo actuado, no pudiendo salirse de dicho marco legal y siempre bajo el manto protector del derecho a la efectiva defensa.⁸⁹

Miguel Colmenero⁹⁰ justificando la importancia de la aparición temprana o desde la etapa de investigación policial o fiscal del abogado defensor, a fin que se haga efectiva el derecho de defensa del investigado, sostiene que esto es así en función de que en esa etapa no sólo se practican investigaciones y otras actuaciones que tienden a fijar posiciones respecto de la presentación de una acusación, o a asegurar la presencia del sospechoso ante la justicia, o a proteger a la víctima; sino también a identificar y asegurar los medios de prueba que van a permitir a las partes acusadoras y defensoras sostener sus respectivas posiciones. No puede ignorarse, además, que en ocasiones lo actuado antes del juicio oral resulta relevante a efectos de una sentencia condenatoria.

conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (...) convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan.”

⁸⁹ Oña Navarro, op. cit., p. 168 sostiene: “Entre estas exigencias de un proceso justo, que a todos nos vinculan e interesan, el derecho de defensa aparece como una de las más trascendentes y decisivas para conseguir ese *desideratum*, porque, finalmente, permite garantizar el que la pretensión punitiva a la que el Estado como tal tiene derecho puede ejercitarse con la suficiente seguridad de que se puedan alcanzar los objetivos propios del *ius puniendo* –irrenunciables, sin duda, para un Estado de Derecho- pero al mismo tiempo con las elementales garantías de que los derechos de los afectados serán respetados y salvaguardados en la mejor y en la máxima forma posible y admisible.”

⁹⁰ Op. cit., p. 89.

En el Exp. No. 010-2002-AI/TC – Caso Marcelo Tineo Silva, el Supremo Tribunal se pronunció sobre el contenido y alcances del derecho de defensa, así como sobre el carácter subjetivo y objetivo de este derecho y el de ser asistido por un abogado de tu elección, en los siguientes términos:

“El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. «Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión.”(Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-AA/TC).”

“Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139º de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.”

“Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el «(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)» y el «derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad».

“El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.”

[...] La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.”

Como podemos apreciar, [...]”el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía

de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.” (Exp. No.8605-2005-AA/TC - Engelhard Perú SAC - En Liquidación).

2.2.5. El principio de imputación necesaria en el nuevo CPP

Como ya lo indicáramos con anterioridad, en el Código Procesal Penal, el principio de imputación necesaria lo encontramos en su artículo 336 que dispone:

1. *“Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.*
 2. *La Disposición de formalización contendrá:*
 - a) *El nombre completo del imputado.*
 - b) *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;*
 - c) *El nombre del agraviado, si fuera posible.*
 - d) *Las diligencias que de inmediato deben actuarse.*
- (...)

3. *El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.”*

Consideramos que para una mejor lectura del citado artículo, debe leerse por partes, de este modo:

- a. Respecto a la comisión del delito, en el primer párrafo se habla de *indicios reveladores* de la existencia de un delito, sin embargo, luego se sostiene que se formulará acusación si de las diligencias actuadas se *establecen suficientemente la realidad del delito*. Queda claro que la primera obligación del Fiscal es analizar si los hechos que se denuncian constituyen un acto ilícito, si se subsumen en el tipo penal descrito en la norma. Si tales actos no constituyen delito, no habría porqué seguir en el análisis de una denuncia. Recordemos –como ya lo explicáramos anteriormente- que una cosa es la probanza de la comisión del delito y otra es la probanza respecto al autor del delito.

Consecuentemente creemos que cuando hablamos de la comisión u omisión de un hecho que constituye un delito, debe haber –no indicios- sino suficientes elementos de prueba, de tal manera que podamos sostener la *realidad del delito* y describir tales *hechos y la tipificación específica correspondiente*, solo así podremos formalizar la Investigación Preparatoria.

Es pertinente recordar que por elementos de prueba debe entenderse a todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva⁹¹. Manzini, a su vez, expone que elemento de prueba es el hecho y circunstancia en que se funda la convicción del juez.⁹² Así, por ejemplo, al constituirse en un domicilio y encontrarse con una persona muerta con evidentes signos de violencia son datos objetivos de la comisión de un delito (homicidio); o al intervenir un almacén se encontrasen kilos de drogas camufladas en latas de conservas de pescado también es un dato objetivo de la comisión de un delito por lo que hay suficiencia probatoria para dar inicio a un proceso penal.

- b. Respecto a la identificación e individualización de su presunto *autor y/o partícipes*. Como quíerose que el artículo en comento señala *indicios reveladores*⁹³, se entiende que estos también están referidos al presunto autor o autores y/o partícipes, por lo que consideramos que es necesario conocer en qué consiste la prueba indiciaria y cómo es que se procede a su aplicación.

Para el profesor Mixán⁹⁴, el indicio es un dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*. El indicio no es solamente un hecho en sentido

⁹¹ Cfr. Caffereta Nores, José; *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1994, p.13.

⁹² Citado por San Martín Castro, César; *Derecho procesal penal...* p.509.

⁹³ Algo que también habla el artículo 77 del CdePP.

⁹⁴ Citado por Angulo Arana, Pedro; *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 303.

estricto (hecho cierto, en términos usuales) sino que también puede serlo un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. por eso le denomina dato real, lo que importa, también, que debe estar fehacientemente acreditado. La función del indicio no es lograr el pleno convencimiento del juez, sino que se parece a la *fehaciencia* alemana, referida por Rafael de Pina, pues su sentido es el *mero reconocimiento de la verosimilitud del hecho alegado* y, por ello, como sostiene Londoño, sirven para empezar el proceso penal.” Más adelante, el mismo autor⁹⁵, sostiene que: “La prueba indiciaria constituye un todo (prueba) que incluye al indicio o a varios indicios, pues la prueba indiciaria, como bien sostiene Mixán, es un concepto jurídico-procesal compuesto, que incluye subconceptos: a) el indicio (dato indiciario), b) la inferencia aplicable (conforme a reglas) y la conclusión inferida (llamada presunción de juez o presunción de hombre); elementos todos que conducen al descubrimiento (razonado) de lo indicado por el indicio.”

De su parte, Jauchen⁹⁶, afirma que el indicio no refiere más que a lo que modernamente conocemos con el nombre de elemento probatorio. Constituye una circunstancia o hecho que, probado, permite mediante un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros. La operación mental mediante la cual se pueden inferir circunstancias desconocidas tomando como base un hecho probado en la causa, es la

⁹⁵ Cfr. Angulo Arana, Pedro; *La función del fiscal...* p. 339.

⁹⁶ Cfr. Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal...* pp.29-30.

mecánica permanente y propia de la reconstrucción histórica⁹⁷ del hecho objeto del proceso y de todos los hechos accesorios, pero relevantes.

Por tanto, la prueba indiciaria conecta con la exigencia constitucional de que las sentencias sean motivadas⁹⁸, al subrayarse la importancia de una motivación expresa en este tipo de prueba para determinar si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.⁹⁹

⁹⁷ Talavera Elguera, Pablo; *La prueba en el nuevo proceso penal...* p.138, afirma que la prueba indiciaria no se trata de una prueba histórica, en la medida que no representa al hecho objeto de la prueba, sino que permite deducir su existencia o no existencia. Se trata de una prueba crítica, desde que interviene el raciocinio. Sin el razonamiento probatorio que contenga como premisa mayor la regla de experiencia, no es posible arribar a conclusión probatoria alguna.

⁹⁸ Al respecto, conforme se ha señalado en la STC 17-12-85 del Tribunal Constitucional español, en estos casos de prueba indiciaria, el juzgador no solo deberá expresar clara y terminantemente los hechos que estime probados, sino que deberá dar cuenta de las pruebas que le han conducido a su convicción, esto es, del "iter" formativo de la misma o curso racional que enlace los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, sin que sea necesario sin embargo que se determinen los diversos momentos del citado razonamiento, sino únicamente sus líneas generales." En similares términos tenemos la STC N.º 229/1988. FJ 2, su fecha 1 de diciembre de 1988, y también de modo similar en las STC N.º 123/2002. FJ 9, su fecha 20 de mayo de 2002; N.º 135/2003. FJ 2, su fecha 30 de junio de 2006; y N.º 137/2005. FJ 2b, su fecha 23 de mayo de 2005, ha precisado que: "...el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales. Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito (...). En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales".

⁹⁹ STC 17-12-89, Tribunal Constitucional Español, citado por Eduardo de Urbano Castrillo. *La prueba indiciaria en la doctrina del Tribunal Constitucional*, p.4.

Mittermaier¹⁰⁰ decía que un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Es el hecho o circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal y que, por lo mismo, da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte en el un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado.

Mediante RN No. 1912-2005 – Piura, de fecha 06 de septiembre de 2005, la Corte Suprema ha establecido con calidad de precedente vinculante cuáles son los requisitos materiales para el dictado de una condena en base a prueba indiciaria:

“Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio,

¹⁰⁰ Citado por Juan Alberto Belloch Julbe, *La prueba indiciaria*. Vocal del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, p.3.

en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos -ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera -esa es, por ejemplo, la doctrina legal

sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

El Código Procesal Penal se refiere a la prueba indiciaria en su artículo 158, al referirse a la valoración de la prueba, dispone que: “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.”¹⁰¹

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de hacer un extenso análisis sobre la prueba indiciaria y la motivación de las resoluciones judiciales. Si bien es cierto que ello ha provocado cierta preocupación por los posibles efectos que pudiera generar, como que de forma temeraria se pretendan impugnar –a través del proceso constitucional de hábeas corpus- sendas sentencias condenatorias válidamente expedidas; sin embargo, consideramos que su contenido contribuye a que la labor y análisis jurisdiccional sea aun mayor. Así, en el Exp. No. 00728-2008-PHC/TC - Caso Giuliana Flor de Maria Llamuja Hilares, se expone:

¹⁰¹ En el mismo sentido Talavera Elguera, Pablo; *La prueba en el nuevo proceso penal...* p.140.

*“En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial -indicio”, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final - delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”. **El uso de la prueba indiciaria y la necesidad de motivación.** Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.*

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las

exigencias previstas por el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima).

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

En el caso constitucional de autos, del fundamento 14. c de la presente, se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que no ha

explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.

*No pretendiendo dar por agotada la discusión, y solo a modo de aproximación, podemos graficar lo siguiente: **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (hecho consecuencia). Esto último es consecuencia del hecho base.*

Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se

desarrollará según la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido.”

Como vemos, la prueba indiciaria es una modalidad de prueba, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Los indicios y las presunciones no son equivalentes. Los indicios son como el antecedente, el hecho base a partir del cual es posible deducir o inducir lo que se trata de probar; en cambio, la presunción es la operación mental que produce la conclusión o conclusiones perseguidas. El indicio actúa sobre la certidumbre del hecho en tanto que la presunción es el mecanismo conclusivo o mental que extrae el resultado que interesa.

De otro lado, conforme se ha señalado en la STC 17/ 1985 del Tribunal Constitucional Español, en estos casos de prueba indiciaria, el juzgador no solo deberá expresar clara y terminantemente los hechos que estime probados, sino que deberá dar cuenta de las pruebas que le han conducido a su convicción, esto es, del "iter" formativo de la misma o curso racional que enlace los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado, sin que sea necesario sin embargo que se determinen los diversos momentos del citado razonamiento, sino únicamente sus líneas generales.

Veamos a continuación algunas sentencias expedidas por la Corte Suprema referidas a la aplicación de la prueba indiciaria:

Indicios. Clases y concurrencia.

R.N. 1827-98

“Se advierte la presencia de indicios que al ser valorados de manera global demuestran fehacientemente la responsabilidad de los agentes, siendo los indicios: a) de móvil, en razón que los sujetos activos carecían de dinero para continuar divirtiéndose, lo que evidencia un animus lucrandi; b) de participación comisiva, toda vez que los agentes de manera concertada aparentaron ser usuarios del servicio de taxi para después despojar de sus pertenencias a la víctima; c) de actitud sospechosa, que se deriva del hecho que los encausados se dieron a la fuga tan pronto fueron sorprendidos, d) de mala justificación, que se aprecia cuando los agentes en su defensa argumentan que solamente iban a divertirse en un fiesta sin precisar el lugar donde debía llevarse a cabo dicha actividad; e) de capacidad comisiva, que se observa en el hecho que todos ellos estuvieron premunidos de armas de fuego en el momento de la ejecución del plan delictivo.”¹⁰²

¹⁰² División de Estudio Legales de Gaceta Jurídica; Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal; Lima; Gaceta Jurídica; 2001; p. 219.

Indicios. Determinación de la responsabilidad penal del acusado.

R.N. 1787-98

“Existe una concurrencia de indicios que permiten concluir que el autor del ilícito investigado es el acusado, entre los que cabe destacar los siguientes: a) Indicio de móvil: concretado en la participación del acusado en el reparto del botín obtenido con el atentado criminal; b) Indicio de mala justificación: pues sin motivo alguno hace abandono de su centro de trabajo, no obstante aducir que nada tuvo que ver en el evento criminoso; y c) Indicio de actitud sospechosa: pues luego de producidos los hechos el acusado no comunica ello ni a la delegación policial más cercana al lugar donde se produjeron los mismos.”¹⁰³

Evaluación de indicios para determinar la comisión del delito.

Expediente : N° 4781-98 Lima

“La prueba indiciaria debe ser examinada y no simplemente enunciada por lo que cabe analizar los siguientes indicios: indicio de capacidad comitiva, pues el inculpado tenía en su poder las llaves de acceso a la agencia bancaria, las llaves del vehículo y las llaves del reloj de retardo, con las que se acciona la bóveda del banco; indicio de oportunidad, ya que el referido acusado era quien programaba el reloj de retardo, el que normalmente operaba

¹⁰³ División de Estudio Legales de Gaceta Jurídica; Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal; Lima; Gaceta Jurídica; 2001; p. 219

a las nueve de la mañana, precisamente en la hora en que se producía el atentado patrimonial contra la agencia bancaria; indicio de mala justificación, respecto al argumento de que el reloj de retardo en la fecha del evento sufrió un desperfecto, el que resulta desvirtuado con el informe pericial, el que concluye que la caja de seguridad se encuentra en buen estado de funcionamiento; indicio de conducta posterior, que consiste en la simulación concertada de la privación de la libertad y acondicionamiento de “explosivo” mientras se daban a la fuga los demás agentes, lo que se acredita con la pericia forense de explosivos¹⁰⁴.

En consecuencia, de lo expuesto podemos concluir en lo siguiente:

- a. Que para formalizar la Investigación Preparatoria con el nuevo CPP se requiere de elementos de prueba suficientes que acrediten que se ha cometido un delito, el mismo que debe tipificarse adecuadamente. Ello quiere decir que debe describirse el hecho de la manera más circunstanciada posible: día, hora, lugar, modo, identificación individualizada de los bienes comprendidos en la investigación, descripción de lo incautado con indicación del lugar, modo de cómo fue encontrado, etc. e indicarse el tipo penal en el que se subsuma con indicación de la modalidad o agravante específica si hubiere.

¹⁰⁴ En *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*. Número 55, Año9, Abril, 2003, p.290.

- b. También deberá indicarse el nombre o nombres de los presuntos autores y/o partícipes. Es de resaltar que a efectos de salvaguardar el derecho de defensa de los imputados, debe señalarse cuál ha sido el aporte de cada uno de ellos, de qué modo han intervenido en los sucesos delictivos, de manera concreta y precisa, cuál es su calidad: autor, coautor, instigador, cómplice primario o secundario, etc. también debe precisarse cuál o cuáles son los indicios que vinculan a tales autores y/o partícipes con los hechos que se les imputa, de forma individualizada y clara, no de manera genérica, pues ello afectaría el derecho de defensa, tal como ya de manera reiterada lo ha sostenido el Tribunal Constitucional.

- c. Igualmente, el magistrado a cargo debe verificar que el delito no haya prescrito, por lo que incluso debe hacer una motivación sobre este tema, explicando las razones por las que se entiende que el *ius puniendi* del Estado se encuentra habilitado, ello con mayor razón cuando nos encontramos ante concurso de delitos o delitos continuados o de naturaleza permanente.

- d. Asimismo, se debe verificar que se han cumplido con las exigencias de procedibilidad, en los casos que el Código así lo establezca. Tal como ocurre en los delitos tributarios o derechos de autor.

2.2.6 Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus órganos de representación. Su relación con el principio de imputación necesaria

Es notoria la grave preocupación que se tiene por el innegable avance de las actividades ejecutadas por la delincuencia organizada y que incluso superan las fronteras de los Estados¹⁰⁵ -una suerte de globalización de la delincuencia- en cuya población generan violencia y una desesperanzadora percepción de inseguridad –tanto en la integridad física y en el patrimonio- que repercute en el desarrollo de un país y en la calidad de vida de las personas, quienes incluso verán afectados su proyecto de vida, en la medida que no encuentran la seguridad para desarrollarla.

La respuesta a esta preocupación ha sido la de penalizar algunas conductas que se consideran peligrosas para la sociedad y, por tanto, ilícitas; o, en todo caso, el incremento de las penas de aquellas conductas que ya estaban penalizadas, criterio que consideramos no tan acertadas, ello a la luz de los resultados del incremento de la delincuencia.¹⁰⁶

Y es que el contexto globalizado actual y los límites casi inalcanzables de una sociedad que cada día incrementa sus límites, el poder organizado de un grupo de personas conformadas mediante la denominación “empresa” con incidencia

¹⁰⁵ Reafirmando este criterio, Prado Saldarriaga, Víctor, *Pluralidad de agentes y TID*, en: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, José Luis Castillo (Director), 1ª. Edición, Grijley, Lima 2008, p.778, sostiene: “En la actualidad, pese a los esfuerzos internacionales y nacionales desplegados, el tráfico ilícito de drogas sigue siendo una de las actividades criminales más rentables y mejor estructuradas. En ese proceso de crecimiento sostenido, su poder económico y su complicada organización le han permitido constituir un núcleo operativo muy sofisticado y eficiente, con cobertura e influencia multinacional.”

¹⁰⁶ Consideramos que una política criminal basada únicamente en la represión (en la que se incluye el Derecho penal) no es la más adecuada para enfrentar el fenómeno delincencial que tiene componentes varios y, por tanto, corresponde enfrentar desde una óptica multidisciplinaria.

económica y su carácter transnacional,¹⁰⁷ no hace más que resaltar la problemática jurídico penal de estos entes en el marco del impacto que causan sus acciones con relación a una presunta utilización con fines criminales.

De tal tema nos habla el antiguamente congelado principio *societas delinquere non potest*, que no es otra cosa que la imposibilidad de que la persona jurídica pueda cometer ilícitos penales sea porque sus actos no constituyen “acción” en sentido jurídico penal o porque no pueden ser imputables de la misma manera.

Se ha debatido, entonces, si las personas jurídicas pueden ser responsables de un delito; pero en la actualidad -como se ha dicho anteriormente- esta discusión cobra más importancia por el incremento de la criminalidad económica dentro de los países mediante la utilización de personas jurídicas, que en algunos de los casos son creadas con defectos de origen (fines eminentemente ilícitos) o que en su marcha han servido para encubrir la realización de conductas delictivas.

La doctrina de la identificación justifica el castigo de la empresa por la actuación de sus empleados. Tiedemann sostiene que las personas jurídicas, al igual que las físicas, son también destinatarias directas de las normas de conducta, es decir mandatos y prohibiciones y que el derecho positivo parte de ello. Las personas jurídicas tienen capacidad de acción y, por ello, pueden ser destinatarias de las normas de conducta, y si el legislador dirige las normas a

¹⁰⁷ Nieto Martín, Adán. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Resumen de la monografía “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”. Iustel. Madrid. 2008 pág. 1-2. Del mismo modo concuerdan con un origen común a la discusión el incremento de la criminalidad a través de entes colectivos Silvina Bacigalupo “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

las personas jurídicas es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones u omisiones.¹⁰⁸

Este autor resuelve el tema de la culpabilidad de la empresa mediante el concepto “deficiencia en la organización”, es decir una vulneración al deber de organizarse correctamente, contrario a sus obligaciones de control y vigilancia.¹⁰⁹ A Tiedemann se le critica fundamentalmente porque propone un criterio de culpabilidad por hecho ajeno. Este responde a dicha crítica señalando que en realidad la persona jurídica responde por un hecho propio, o sea, por un hecho que también es suyo, al igual que sucede por ejemplo en el supuesto del coautor o del autor mediato, a quien se le imputa hechos no realizados por él mismo sino por otro coautor o por el instrumento.

El defecto de la organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica. Las medidas de precaución que se infringen son, respectivamente, medidas de deberes de vigilancia, control, y organización, que obligan a la misma agrupación, como tal, siendo por todo ello que la lesión de tales deberes es lesión de deberes de organización y, en consecuencia, no son propios de la persona jurídica. En España dicha postura es seguida por el profesor Adán Nieto, quien refiere que ...“el aspecto más revelador para asentar

¹⁰⁸ Cfr. Tiedemann, Klaus; *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. (Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez) Editorial GRIJLEY. Segunda edición. Lima 2001 p.103.

¹⁰⁹ Cfr. Tiedemann, Klaus; *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad...* pp.105-108. La falta de organización como fundamento, según el autor ha encontrado consenso en la doctrina alemana con OTTO, española ZUGALDIA y suiza con Hurtado Pozo. ...“debe ser de la propia persona jurídica el organizarse correctamente, y no debería como pretende SHUNEMANN recaer este deber en las personas”. José Hurtado Pozo en “Responsabilidad Penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo” Artículo publicado en página web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_09.pdf

el grado de culpabilidad de la empresa es precisamente el nivel jerárquico del infractor. Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley que para los empleados”.¹¹⁰

En la doctrina alemana, Günther Jakobs¹¹¹ también reconoce al ente ideal capacidad de acción y culpabilidad. Sostiene previamente, en su concepto de acción, que el mismo se define como “la evitabilidad individual de la producción de un resultado”¹¹², la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico, lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación.

No cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los componentes “persona física” y no de una persona jurídica (estatutos y órganos). Las actuaciones de las personas jurídicas con arreglo a los estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica. Concluye diciendo que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas en la persona física y en la jurídica.

¹¹⁰ Cfr. Nieto Martín, Adán. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Resumen de la monografía “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”. Iustel. Madrid. 2008 p.13.

¹¹¹ Jakobs, Günther. *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, recopilación del profesor Jacobo López Barja de Quiroga. Editorial THOMSON-CIVITAS. Primera edición. Madrid 2004. p.131 “La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un Hombre capaz de organizar va a hacer o no, algo determinado, sino a que una Persona debe comportarse de una determinada manera. Conciso y breve: Nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas”.

¹¹² Cfr. Bacigalupo, Silvina; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, julio 2001, p.151.

Conforme lo refiere Silvina Bacigalupo al respecto de la construcción dogmática del profesor Jakobs: “Si se traslada este modelo del concepto de acción a la persona jurídica, entonces debemos afirmar la posibilidad de que el órgano de una persona jurídica, que tenga las características de una producción de un resultado evitable individualmente: 1) la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho Penal (compuesto por estatutos y órganos); y 2) La persona jurídica puede realizar una acción penalmente relevante en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente) es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir su resultado.”¹¹³

Esta autora en la línea del profesor Jakobs sostiene que la determinación de la acción se encuentra en relación al órgano o persona competente de la persona jurídica, por lo que con tal condición se excluye las acciones del mero operario o de un miembro competente que actúe bajo beneficio propio, tales hechos deben vulnerar las obligaciones del giro de la empresa, es decir debe existir una relación funcional entre el hecho antijurídico y las obligaciones propias de la empresa.¹¹⁴

Como ya se ha hecho referencia de manera somera uno de los grandes escollos a superar es la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas: luego de fundamentar e intentar resolver el problema de la acción, surge el problema de aplicar el elemento de la culpabilidad.

¹¹³ Cfr. Bacigalupo, Silvina; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...* pp.152-153.

¹¹⁴ Cfr. Bacigalupo, Silvina; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...* pp.378 al respecto de la vulneración de obligaciones y deberes de la empresa.

Es obvia la complejidad e importancia que existe para aplicar la norma penal a las personas jurídicas en cuanto a la aplicación del elemento de culpabilidad, esto teniendo en cuenta que el elemento volitivo es determinante para encuadrar el comportamiento ilícito dentro de una conducta dolosa o culposa. De ahí la importancia que tiene el determinar de manera clara la imputación.

El asunto de la aplicación de la culpabilidad de las personas jurídicas es sin duda alguna el mayor escollo (jurídico) a superar, se han dado diversas soluciones desde una nueva conceptualización de los elementos de constitutivos de la culpabilidad hasta la desaparición de este del elemento de la conducta punible (obviamente para la aplicación a las personas jurídicas).

Al respecto el profesor Gunter Heine¹¹⁵ ha preferido construir “una culpabilidad de las organizaciones fundada en la organización deficiente de la empresa que se origina en la propia empresa de modo independiente a la culpabilidad individual de quienes actúan a favor de la empresa”; de este modo, tal autor pretende crear un sistema de responsabilidad paralelo al sistema individual de responsabilidad. Conforme lo refiere él mismo, la culpabilidad por una organización deficiente no se sustenta en decisiones individuales sino en lo que denomina “una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación”. Para los tratadistas citados se concluye que de una u otra manera todos han buscado una normativización de los conceptos dogmáticos de acción y culpabilidad a fin de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹¹⁵ Citado por Bacigalupo, Silvina; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...* pp.387-388.

En el contexto peruano rige casi sin discusión el principio *societas delinquere non potest*, esto porque las construcciones punitivas del derecho penal peruano tienen una tendencia claramente a la responsabilidad individual, lo que imposibilita que las “actuaciones” de una persona jurídica puedan subsumirse dentro del concepto “acción” recogido en el artículo 11 del Código Penal de 1991,¹¹⁶ solo pueden ser imputadas las conductas de los administradores y representantes de estas.

En el Código Penal de 1991, si bien tampoco se recoge como principio la responsabilidad de las personas jurídicas, sí acepta de manera innovadora la aplicación de las denominadas “consecuencias accesorias” reguladas en el artículo 105 de dicho cuerpo de leyes, las que según la doctrina vendrían a ser verdaderas sanciones penales o medidas de seguridad,¹¹⁷ inclinándose la opinión mayoritaria por la primera de las nombradas.

De este modo, el artículo 105 del Código penal de 1991, recoge una diversa gama de medidas contra la persona jurídica; sea por ejemplo la clausura de sus locales o establecimientos, la disolución (como una medida de carácter grave), la suspensión de las actividades y la prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido.

¹¹⁶ Código penal peruano 1991 Artículo 11: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

¹¹⁷ Cfr. Reyna Alfaro, Luis Miguel. “Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas”; en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Derecho Penal de la Empresa*. Nro. 68 Año XXIV pág. 80-81. Al respecto, Juan Bustos Ramírez, en su *Obras completas*, Tomo I. Ara Editores. Lima 2004, p.763 afirma que: “Bajo el eufemismo consecuencias se contempla verdaderas penas para las personas jurídicas que, estarían orientadas a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma.”

Al respecto, García Caveró afirma que dada la vaguedad de la naturaleza jurídica de estas “medidas”, no ofrecen un criterio dogmático al juez a fin de determinar en qué casos pueden ser aplicables y en qué medida.¹¹⁸

Mención especial merece la figura denominada “Actuar en lugar de otro” regulada en el artículo 27 del Código Penal de 1991, que viene a ser una forma de hacer responsable a un sujeto por la comisión de un delito especial. La doctrina ha asumido que esta situación por lo general recaerá en el representante de persona jurídica.¹¹⁹

En suma, estaríamos hablando de un caso aplicado a los representantes de las personas jurídicas, toda vez que a estas -en aplicación del principio *societas delinquere non potest*- no se les puede sancionar. En tal sentido se deberá cumplir determinadas condiciones para hacer responder a la persona natural – como órgano o representante de la persona jurídica- en lugar de la persona jurídica por la comisión de un ilícito penal; así:

1. La relación de representación: esto es, la persona debe tener la calidad de órgano de representación autorizado de una persona jurídica. A esta condición se le ha criticado ser muy restrictiva, toda vez que libera de sanción a los que asumen de hecho la administración de una persona jurídica (recordemos el caso de los directores de la discoteca Utopía que

¹¹⁸ Cfr. García Caveró, Percy; “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano” artículo publicado en Revista de Derecho, Universidad de Piura. Vol. 7-2006. Página Web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf

¹¹⁹ García Caveró, Percy; “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano”... en la misma línea Ivan Meini Méndez en Código Penal comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, pp.989-990. Un ejemplo característico de esta relación es la figura prevista en el artículo 232 del Código Penal que regula la posición monopólica u oligopólica en el mercado, condición que solo la puede reunir la persona jurídica pero quien abusa de ello en el plano material es el representante de la misma.

aún se encuentra pendiente de resolución final). Sin embargo, también se ha determinado que cualquiera que entre a dominio del ámbito de actuación de una persona jurídica, se incardina el riesgo que configura el delito especial. En este sentido, se asume al administrador que asume el cargo de hecho o careciendo de nombramiento. Lo que interesa es que se domine el riesgo que configura el delito especial correspondiente.

2. Actuar como órgano de representación o como socio representante: se exige además que el órgano de representación o socio representante actúe como tal.
3. La realización del delito imputado debe ser posible ejecutarse (en el sentido normativo) por la persona jurídica; es decir, los elementos normativos del delito deben ser posibles de ser atribuidos a la persona jurídica; de este modo, será imposible atribuirle el delito de lesiones, homicidio, tenencia ilegal de armas, entre otros; en la medida de que estos ilícitos solo pueden ser ejecutados por personas naturales; otros delitos como defraudación tributaria, lavado de activos, acaparamiento, especulación, entre otros, sí podrían ser atribuidos a la persona jurídica en la medida de que los elementos normativos del tipo penal sí pueden ser asumidos por ella sin problema alguno.
4. La realización del tipo penal: esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante de la persona jurídica.

En nuestro sistema, entonces, se distinguen las sanciones penales atribuidas a las personas jurídicas que ya se mencionaron anteriormente; pero también se atribuyen a las personas naturales los ilícitos penales que puedan ser atribuidos a las personas jurídicas, en tanto actúan como órganos de representación de la misma. Para ello consideramos –en la línea de lo expuesto por el Tribunal Constitucional- que será necesario, sin embargo, establecer de manera clara, precisa, concreta y de modo individual cuál o cuáles son los hechos que se imputan al órgano de representación de la persona jurídica.

Y es que, debe insistirse, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que recaigan en la persona jurídica deben ser los mismos que se imputan a la persona natural que actúa como órgano de representación. Veamos unos casos reales que tuvimos la oportunidad de analizar para explicar mejor nuestra posición:

- El caso de una empresa dedicada a la producción y exportación de espárragos enlatados, donde se verificó que un grupo de trabajadores aprovechó sus instalaciones para el envío de drogas, sin conocimiento de su representante legal.
- O la empresa dedicada al transporte; empero, sus agentes coordinan el envío de determinados productos en donde posteriormente se encuentra droga, también sin conocimiento de su gerencia.
- Y en el envío por correo de productos kilol (desinfectante natural en base a semillas de la toronja) en la que se encuentra droga líquida insertada

por un supuesto consumidor del producto y es quien utiliza el correo para dicho envío.

- O el caso del gerente que otorga dinero a su asistente para el pago de un impuesto, siendo que este obtiene un comprobante Sunat falso que luego es presentado para acreditar el pago de dicho tributo.

Como podemos observar, en todos estos casos estaría ausente el elemento subjetivo del tipo penal, por lo que si bien es cierto pudo haberse cometido un delito; empero, este no puede ser atribuido al órgano de representación de la persona jurídica. La responsabilidad penal de la persona jurídica, ni la de quien funge de su representante es automática. La imputación objetiva, entonces, debe materializarse en una imputación que en concreto e individualmente pueda atribuirse al órgano de representación de la persona jurídica.

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo y nivel de investigación.

- Descriptiva-explicativa, no experimental.

3.2. Diseño de la investigación

Esta investigación es básicamente de carácter descriptiva-explicativa, pues busca explicar en qué medida los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, aplicaron deficientemente la Teoría de la imputación objetiva, respecto al representante legal de la persona jurídica, afectando con ello el principio de imputación necesaria, al momento de dictar sus requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria durante los años 2011-2013.

Por tal razón, utilizaremos los métodos analítico, inductivo, deductivo y dogmático en la investigación, a fin de utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

3.2.1. Universo, población y muestra

Para la presente investigación, la unidad de análisis estará determinada por los requerimientos fiscales de formalización y continuación de la investigación preparatoria del Distrito Judicial de Loreto, Magistrados, así como abogados y especialistas de la misma sede.

La muestra para la investigación será tomada de la base de datos que se obtengan de las Fiscalías y Juzgados Penales del Distrito Judicial de Loreto, y será sobre los requerimientos de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Igualmente, para el caso de las entrevistas y encuestas, se tendrá a los Fiscales y Jueces Penales, así como a especialistas en el tema, lo que nos da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados.

3.2.2. Técnicas e instrumentos de recolección

Variable Independiente

Aplicación incorrecta del contenido de la Teoría de la imputación objetiva, respecto al representante legal de la persona jurídica

TÉCNICAS

- Revisión documental de libros y normas legales

INSTRUMENTOS

Ficha bibliográfica
Ficha documental

Variable Dependiente

Afectación al principio de imputación necesaria

TÉCNICAS

- Revisión documental de libros y normas legales
- Revisión de dispos. fiscales
- Entrevistas con magistrados y especialistas

INSTRUMENTOS

Ficha bibliográfica
Ficha documental
Guía de análisis de datos
Guía de entrevistas

3.2.5. Técnica de procesamiento y análisis de datos

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal y con el apoyo de colaboradores. Respecto a la información documental y material bibliográfico, será determinado por los diferentes dispositivos legales relacionados con el tema materia de investigación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia; el material se podrá recabar en las bibliotecas especializadas en Derecho, así como de la Biblioteca de la Escuela de Posgrado y personal.

También se contará con información de campo que se obtenga conforme a lo reseñado líneas atrás, para lo cual se ha determinado utilizar guías de datos, guía de entrevistas y cuestionarios.

Contrastaremos los resultados obtenidos del análisis y procesamiento de datos con el problema formulado al inicio de la investigación, a fin de demostrar la validez o no de nuestra hipótesis, así como de la efectividad de las sugerencias que realicemos ante las autoridades competentes.

Título IV

Contrastación de hipótesis de la investigación

4.1. Contrastación de hipótesis

4.1.1. Hipótesis general

La aplicación incorrecta de la Teoría de la imputación objetiva, respecto del representante de la persona jurídica, afectó el principio de imputación necesaria y el debido proceso por los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Loreto, durante los años 2011-2013.

4.1.2. Hipótesis secundarias

- a. Un importante número de Fiscales provinciales en lo penal desconocen el contenido de la Teoría de la imputación objetiva y que afecta el debido proceso.
- b. La aplicación incorrecta del contenido de la Teoría de la imputación objetiva afecta el derecho de defensa, contradictorio y el derecho a la prueba del procesado.

4.2. Variables e indicadores

- a) Variables independientes: aplicación incorrecta de la Teoría de imputación objetiva, desconocimiento del contenido de la Teoría de imputación objetiva.

- b) Variable dependiente: afectación del principio de imputación necesaria y debido proceso, vulneración del derecho de defensa del procesado y el contradictorio, vulneración del derecho a la prueba del procesado.

4.3. Operacionalización de variables e indicadores

Con fines metodológicos se ha representado a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

Indicadores de las variables independientes (X)

X₍₁₎ Aplicación incorrecta de la Teoría de la imputación objetiva

- Muy significativa.
- Poco significativa.
- Nada significativa.

X₍₂₎ Desconocimiento del contenido de la Teoría de la imputación objetiva

- Muy importante.
- Poco importante.
- Nada importante.

Indicadores de las variables dependientes (Y)

Y₍₁₎ Afectación del principio de imputación necesaria y debido proceso

- Muy frecuentes.
- Poco frecuentes.
- Nada frecuentes.

Y₍₂₎ Vulneración del derecho de defensa y contradictorio del procesado.

- Muy significativa.
- Poco significativa.
- Nada significativa.

Y₍₃₎ Vulneración del derecho a la prueba del procesado.

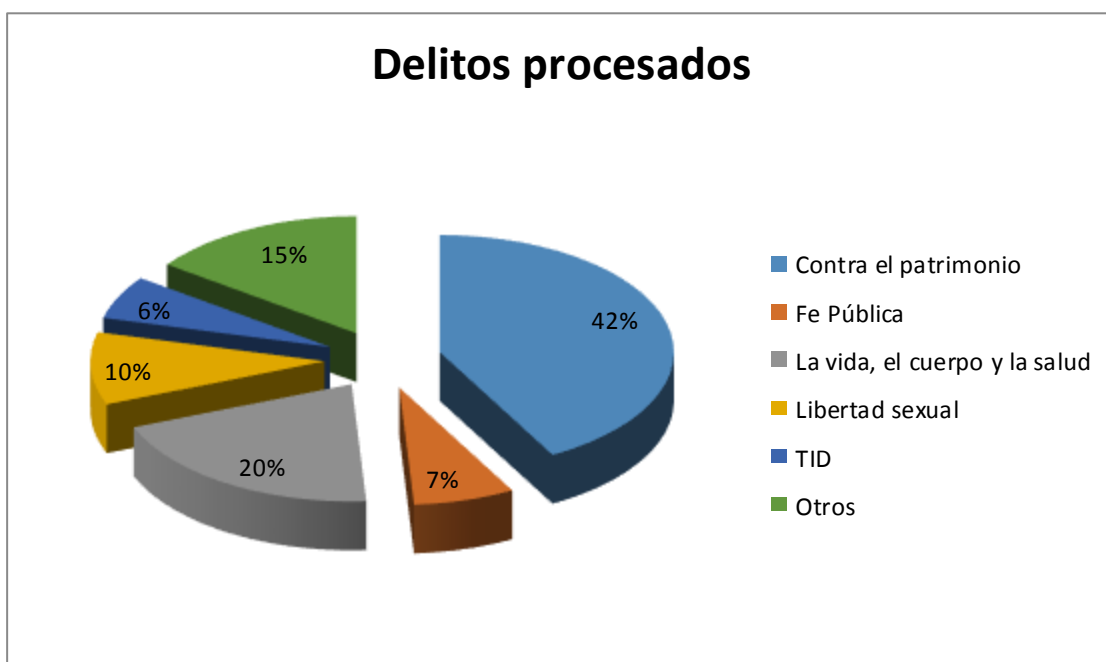
- Muy importante.
- Poco importante.
- Nada importante.

4.4. Análisis, interpretación y evaluación de los resultados. Estadística

Es necesario precisar la colaboración que tuvimos por parte de los señores Magistrados del Distrito Judicial de Loreto, quienes nos proporcionaron copias de las Disposiciones fiscales de formalización y continuación de la investigación preparatoria, haciendo un total de 150 resoluciones y de los cuales revisamos 100, que representa un 75% de dicha muestra, lo que nos da un alto índice de confiabilidad en los resultados de la investigación.

Empero, para las entrevistas sí hemos tenido ciertas dificultades de parte no solo de los magistrados, sino también de los abogados, muchos de los cuales se excusaron de atendernos aduciendo razones de diligencias o tiempo. Pareciera que tuvieran cierto temor a las encuestas en tanto que se verían expuestos en sus conocimientos, como si tuviera algún efecto negativo en alguna evaluación, a pesar que se les dijo que eran anónimas.

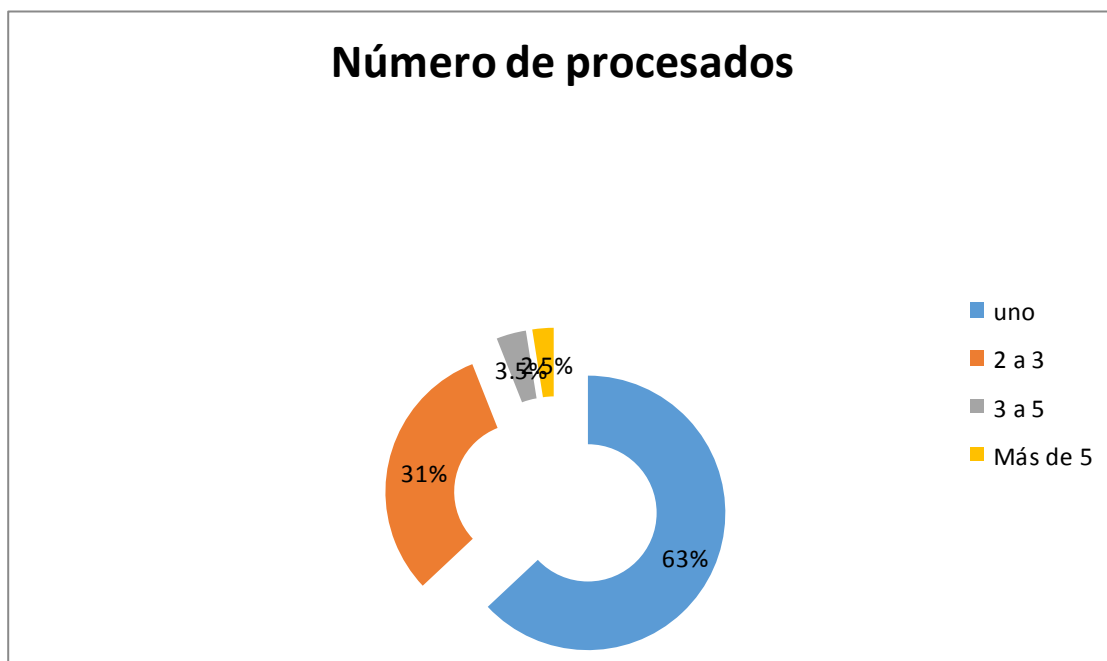
Veamos:



En principio, es de señalar que se verifica lo que por experiencia se sostenía en el ámbito jurídico, que los delitos más frecuentes son los relacionados con el patrimonio (además de otros delitos denominados de resultado), y aunque no es del caso mencionar sobre sus causas, pero si nos atenemos a estudios de criminología, se entendería que ello tiene relación directa con la inadecuada distribución de la riqueza en el país y, específicamente, en la ciudad de Loreto.

Lo sigue en importancia los delitos relacionados Contra la vida, el cuerpo y la salud, básicamente el referido a lesiones provenientes de accidentes de tránsito. Igualmente, se destacan los delitos contra la Libertad sexual, principalmente delitos contra el pudor cometidos en agravio de menor de edad.

Dentro del rubro de otros, se encuentran los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, Tenencia ilegal de armas, desobediencia a la autoridad, entre otros que son los menos frecuentes en su comisión.



Este cuadro nos revelaría que la mayoría de los delitos son cometidos por una sola persona (63%); sin embargo, debe tenerse presente que –tal como en reiteradas ocasiones lo hemos visto al analizar las disposiciones fiscales- puede representar únicamente al procesado que ha sido plenamente identificado, aunque de los hechos denunciados se aprecia que fueron más de uno, por lo que más adelante pudo haberse ampliado tal disposición fiscal para incluir a esta otra u otras personas. Sobre todo en los delitos Contra el patrimonio en los que –generalmente- participan más de uno y es el delito que, recordemos, es el más frecuente en su comisión, por lo que este dato debe tomarse con cierta reserva.

Al momento de expedir la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación, usted utiliza o aplica los criterios establecidos por la Teoría de la imputación objetiva?

- a. Sí: 30%
- b. No: 45%
- c. NS/NO: 25%

Estos resultados no hacen más que confirmar la razón de nuestra investigación, puesto que se evidencia que un importante número de fiscales no utiliza lo que podríamos considerar una poderosa herramienta para la administración de justicia: la Teoría de la imputación objetiva.

Debe recordarse que, se entiende por *imputación objetiva*, al conjunto de elementos normativos que sirven para regular el nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. De este modo, la nueva categoría de *responsabilidad penal* se compone por: la culpabilidad (entendida como reprochabilidad) y la necesidad de pena que se requieran para el caso concreto.

Como vemos, el sistema funcionalista de Roxín introdujo en el tipo objetivo una serie de elementos o categorías normativas que sirven como un regulador o direccionador del nexo causal. Estos elementos son insertados en lo que se conoce como teoría de la imputación objetiva. Conforme a ella, como hemos sostenido en esta investigación, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal.

La importancia de esta teoría para un mejor servicio judicial es innegable, por lo que su no uso repercute en el sistema.

¿Considera usted que en el caso de una persona jurídica, el representante legal asume automáticamente la responsabilidad penal de la misma?

- a. Sí: 45%
- b. No: 30%
- c. NS/NO: 25%

El 45% que sostiene sí, lo hace en aplicación automática del artículo 27 del Código Penal, lo cual es correcto siempre y cuando se pueda atribuir los hechos de forma individual y en concreto al representante legal de la persona jurídica. Es decir, la correspondencia y relación existente entre esta teoría y el principio de imputación necesaria es innegable, pues ambos se complementan: no basta la sola imputación genérica legal, sino que tal hecho pueda ser atribuido a título de culpa a su autor,

En tal sentido, es de verse lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en la STC Exp. No. 3633-2009-PHC/TC – Agustín José Patricio Falcone Valdez, en que declaró fundado el hábeas corpus planteado en razón de que en el auto apertorio de instrucción no se describía en qué consistía la imputación que pesaba en contra del beneficiado y solo se hacía referencia a que era el representante de la empresa; de este modo:

“En el caso, se ha alegado que el auto apertorio de instrucción no expone los cargos y pruebas que sustentan la denuncia en contra del demandante en autos, por lo que corresponde evaluar su contenido. Así, a f. 225 se advierte copia de la resolución precitada, en la que se narran los hechos materia de investigación, y en la que se expone que:

- a. Con fecha 26 de marzo de 2007, el supuesto representante de la Empresa de Agroexportación EL PERUANITO SRL se comunicó con el Administrador de la empresa BAMAR SAC, requiriendo la compra de 29 toneladas de harina de pescado.*
- b. El 29 de marzo de 2007, para confirmar el pago por esta mercadería, se enviaron 2 vouchers de depósito en efectivo.*
- c. El 30 de marzo de 2007, al revisar la cuenta corriente de la empresa agraviada en el proceso penal, se advirtió que no existía ningún depósito en efectivo, sino el depósito de 2 cheques girados supuestamente por el Gerente General de la Corporación de*

Ahorro y Créditos SO 3ra. SFP José del Carmen Huamán Muñoz, los que, al ser depositados, fueron rechazados por falta de fondos.

d. La mercadería iba a ser recogida por la empresa de Transportes EN VOLUMEN SAC, por lo que al realizarse la verificación del denunciante, se detuvo la carga, pues el Gerente General de la empresa Agroexportación EL PERUANITO SRL niega haber realizado alguna transacción telefónica con la empresa agraviada, así como haber enviado a terceras personas para recoger el cargamento o haber enviado vouchers con el depósito del dinero o haber girado o depositado cheques a la cuenta de la agraviada.

e. Los trabajadores de la empresa TRANSPORTES EN VOLUMEN SAC, Arturo Napa Loyola y Agustín Neira Antón Rospigliosi señalan que el primero de ellos recibió una llamada vía Nextel desde la ciudad de Chincha, de parte de su compañero de trabajo Walter Pachas Tasayco, comunicándoles que había una persona interesada en contratar sus servicios, identificándose como Manuel Guido Solo Lagos, y que este les dio un número de celular para comunicarse, pactando el servicio de flete de la harina de pescado desde la empresa BAMAR en Chincha hasta un punto determinado de la ciudad de Lima.

f. Por ello se le ordenó a Antón Rospigliosi para que se constituya en la empresa y cargue la mercadería.

g. Todos los contratos fueron realizados telefónicamente.

Ya en relación a la subsunción típica de la conducta imputada, en el auto apertorio de instrucción se indica que:

“(…) siendo que en los hechos materia de denuncia se encuentran involucrados los denunciados, por cuanto el denunciado Manuel Guido Solo Lagos, sería la persona que concertó la presunta compra, el denunciado Agustín José Patricio Falcone Valdez es el representante de la empresa legal de la empresa de Transportes en Volumen SAC, empresa que precisamente sería la encargada

de realizar el transporte de la harina, siendo que para dicha empresa laboran los denunciados Agustín Nieri Antón Rospigliosi, quien sería la persona encargada de conducir el vehículo en el cual se transportaría la harina de pescado, el denunciado Arturo Alberto Napa Loyola, en su calidad de Jefe de la flota de la empresa de Transportes en Volumen SAC, sería la persona que autorizó al antes mencionado para que viaje a esta ciudad para realizar el recojo de la harina de pescado, y a su vez el denunciado Walter Pachas Tasayco, sería la persona quien supuestamente contactó a la persona interesada en que sea la empresa de Transportes [en] Volumen SAC, la encargada de realizar el transporte de la harina de pescado”.

Como se aprecia, no queda claro en qué consistió la actuación o participación del demandante, mencionándose únicamente que es “el representante legal” de la empresa encargada de transportar la harina de pescado; esta situación afecta el ejercicio de su derecho de defensa, consagrado en el artículo 139º inciso 14) de la Constitución, porque el actor al no conocer con precisión los hechos materia de su procesamiento, tampoco podría alegar lo pertinente a su derecho, de modo correcto y eficaz, razón por la cual debe declararse fundado este extremo de la demanda.”

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional, queda claro que para abrir proceso no solo basta con indicar que el procesado sea el representante legal de una empresa, sino que es necesario atribuirle una imputación en concreto y de forma individual, de manera que no afecte sus derechos constitucionales como la defensa o la prueba.

Por ello, nos adherimos a aquellos entrevistados (30%) que respondieron NO, puesto que comparten la idea expuesta por el Tribunal Constitucional, que en todos los casos siempre es necesario atribuir una imputación en concreto, clara y de forma individual, pues solo así podremos estar ante un debido proceso.

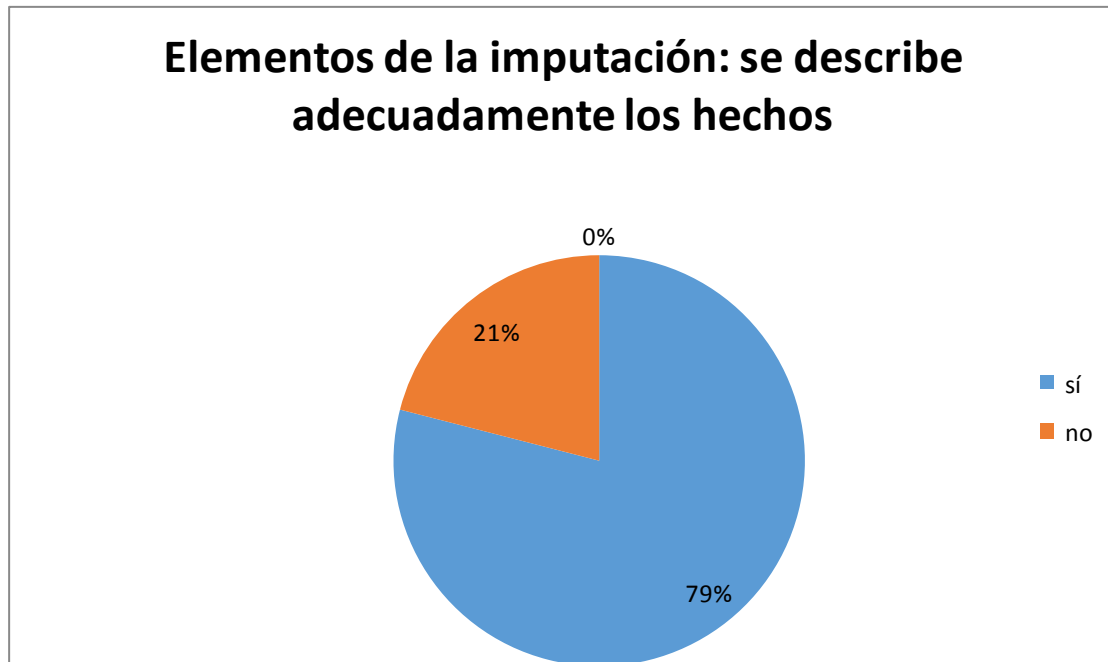
Considera usted que una inadecuada aplicación del contenido de la imputación objetiva afecta el principio de imputación necesaria, el derecho de defensa, contradictorio y a la prueba de los procesados

- a. Sí: 55%
- b. No: 35%
- c. NS/NO: 20%

Bueno, en este tema, existe un mayor número de entrevistados que estuvieron conscientes de la relación complementaria existente entre la Teoría de imputación objetiva y el principio de imputación necesaria, lo que a su vez deriva en manifiesta vulneración del derecho de defensa, el contradictorio y a la prueba.

La Teoría de imputación objetiva, entonces, resulta ser una importante herramienta para brindar un mejor servicio de justicia, permitiendo identificar los elementos normativos para la imputación, sobre todo en los delitos de resultado al establecer el nexo causal del hecho culpable con su resultado.

Elementos de la imputación: se describe adecuadamente los hechos



Estos resultados no hacen más que confirmar la razón de nuestra preocupación para realizar esta investigación, se sabía empíricamente que las disposiciones fiscales presentaban graves deficiencias al no describir adecuadamente los hechos, especialmente en los casos en que se ve involucrado el representante legal de la empresa, en que no se hace mención clara e individual sobre qué hecho se le atribuye.

Evidentemente, como ya lo mencionáramos anteriormente, ello afecta el derecho de defensa en la medida que no se sabe de forma cierta, clara y en concreto qué hecho se imputa al procesado, de modo tal que pueda absolver con suficiencia tales cargos, por lo que también se afecta el derecho a la prueba, pues no se sabe cuáles son las de cargo, de modo tal que se pueda ofrecer las de descargo.

En tal sentido, se debe tener presente que el principio de imputación necesaria está implícito en el artículo 8.2.b de la Convención que señala el derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Este derecho es esencial para el ejercicio del derecho de defensa pues el

conocimiento de las razones por las cuales se le imputa a alguien la presunta comisión de un delito, permite preparar adecuadamente los argumentos de descargo. Este derecho se ve satisfecho si se indica con claridad y exactitud las normas y los supuestos de hecho en que se basa la acusación.¹²⁰



Se trata de procesos con múltiples procesados y/o concurso de delitos, sobre todo cuando hablamos de TID, Lavado de activos o criminalidad organizada. Efectivamente, estos resultados nos indican que aquí también se presentan serios problemas, pues recordemos que la imputación debe ser individualizada, precisándose cuál ha sido el aporte de cada uno de los procesados, así como los indicios iniciales que los vinculan con sus presuntos autores y/o partícipes.

Consideramos que el fiscal penal debe hacer una minuciosa descripción de los hechos, cuidando de establecer las participaciones de cada uno de los

¹²⁰ Huerta, op. cit., p. 51.

procesados y los primeros indicios que los vinculan con el delito. Recordemos que este principio es inherente al principio acusatorio y que la imputación no solo debe ceñirse a la existencia o no de la comisión de un delito, sino –sobre todo- a que la comisión de tales hechos estén vinculados –a través de lo que se denomina elementos iniciales de convicción- con su presunto autor o autores¹²¹, por lo que la imputación (hechos/presunto autor) debe realizarse de manera concreta, cierta e individualizadamente –lo que en doctrina se denomina *nexo causal*- de ningún modo puede generalizarse, pues implicaría una afectación al derecho de defensa¹²² y al principio de presunción de inocencia.

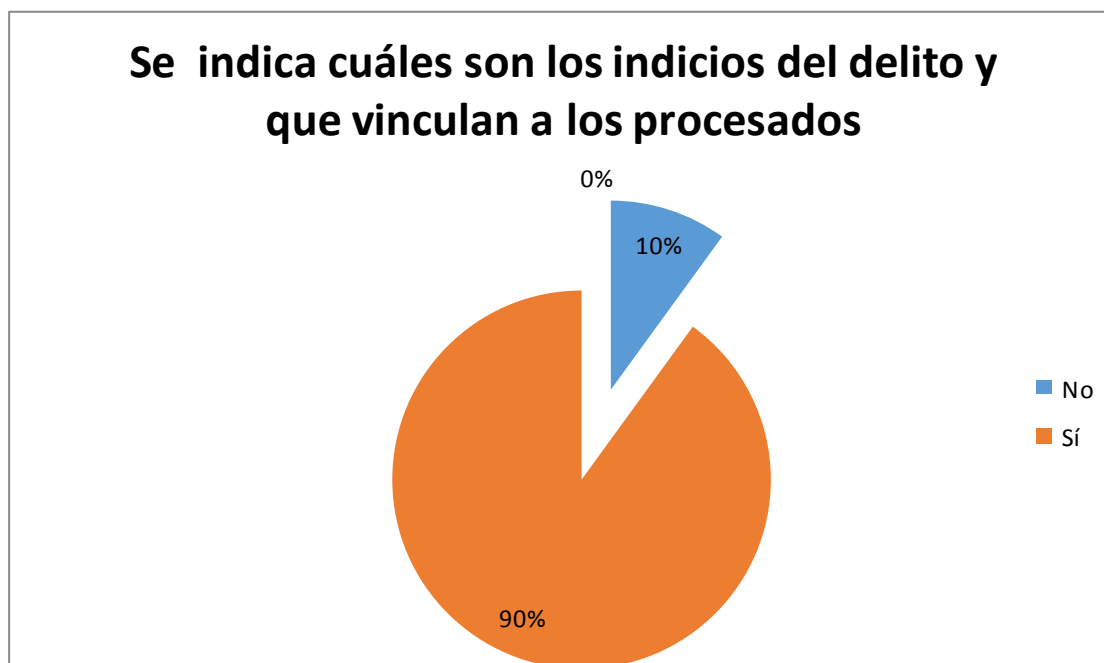
Solo con una clara y precisa imputación de los hechos podremos hablar de que los justiciables en un proceso penal se encuentran de manera efectiva en igualdad de armas¹²³ y se promoverá adecuadamente el contradictorio,

¹²¹ Vásquez Vásquez, Marlio, en su *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?*, publicado en la revista *Actualidad Jurídica No.136*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2005, pág. 14, nos dice: “Puede entenderse que en un caso concreto exista suficiencia probatoria sobre la realización de un hecho delictivo, pero resulta totalmente diferente a ello que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Puede contarse con suficientes elementos probatorios sobre la existencia de un delito de homicidio, porque conocemos la presencia del cadáver y la causa violenta de la misma, pero no existir suficientes elementos probatorios respecto a la participación del imputado en ese hecho.”

¹²² Tiedemann, op. cit., p. 212, afirma que: “La protección de los Derechos Humanos en el proceso de partes (nosotros también consideramos que aun en el modelo de proceso inquisitivo reformado) empieza y termina con que todo inculcado en todo proceso penal tenga de su parte una defensa eficiente, bien preparada, en *igualdad de armas* con la acusación.”

¹²³ Oña Navarro, en su *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, En: *Constitución y garantías procesales*, revista del Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España 2004p. 215, cita la STC 178/2001 expedida por el Tribunal Constitucional español, que afirma: “Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia.” Por su parte, Pedro Angulo Arana en *La función del fiscal*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2007, p. 181, sostiene que: “Podría argumentarse que considerar parte al Ministerio Público constituye una necesidad para despojarle así de imperium y constituirlo en igualdad de condiciones con el procesado o procesados, de modo que concurra con aquellos en igualdad de armas y no exista ventaja a su favor. En realidad como dice Lñaki Esparza, la igualdad de armas se configura de modo distinto en cada realidad, según se configure la acción penal como pública o no. Sin

permitiendo a la defensa contradecir no solo la prueba de cargo, sino también la propia calificación jurídico-penal que se le imputa.¹²⁴



Los problemas que se presentan son varios: i) los primeros elementos de convicción se refieren al delito; ii) empero, las pruebas simplemente se generalizan y no se individualiza cuál es el aporte de cada uno de los procesados, ni tampoco se indican los indicios o pruebas iniciales que vinculan

embargo, llega a concluir que los medios que posee el Estado son infinitamente mayores a los que el inculpado podría emplear en su defensa. Esa realidad es reconocida en la doctrina alemana, donde se prefiere hablar de igualdad de oportunidades o “chancengleichheit”. En realidad, la igualdad de armas, en tanto igual condición, instrumentos y potestades resulta imposible de conseguir y sólo puede tratarse durante el juicio oral (al tratar) de equilibrar las oportunidades dadas a la defensa con las concedidas a la acusación.”

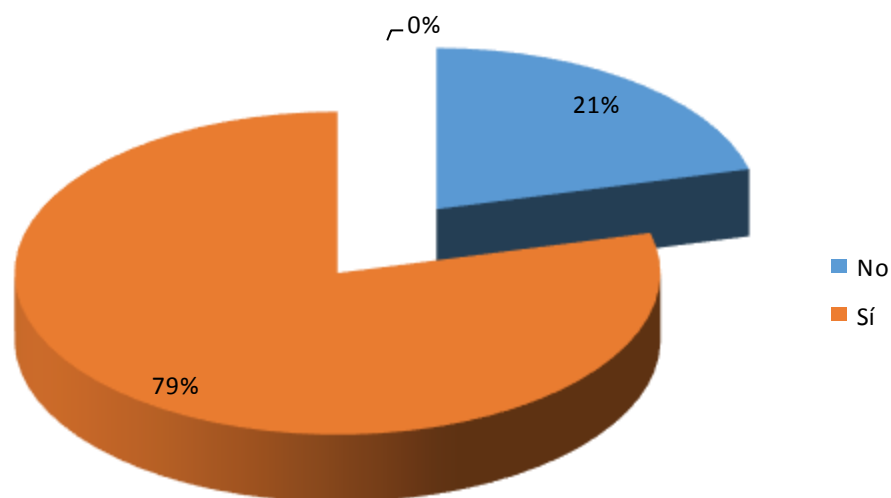
¹²⁴ Oña Navarro, op. cit., sostiene: “En todo caso, la contradicción ha de extenderse tanto a la oposición o discusión sobre las pruebas aportadas y practicadas sobre los hechos que sirven de soporte a las imputaciones como a las cuestiones procesales y jurídicas (así, la STC 33/2003, del 3 de febrero de 2003, reitera que el derecho de defensa comprende no solo el derecho de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación sino también los elementos esenciales de la calificación jurídica, al afirmar “*el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación... tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae precisamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio... pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio.*”).

hechos-autores. Ello evidentemente afecta el principio de igualdad de armas inherente al derecho de defensa, pues ya no solamente no sabría cuál es el hecho que se imputa, sino tampoco sabría cuáles son los indicios que vinculan a su presunto autor con tales.

Sobre el tema, en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español (STC 134/1986)¹²⁵ se afirma que: ...“el derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando, la acusación así comunicada, la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto.”

¹²⁵ Citado por Oña Navarro, op. cit., pp. 178-179.

La disposición fiscal de formalización de la investigación preliminar se encuentra debida y suficientemente motivada



Como es lógico suponer, este 21% de resoluciones con debilidades en la motivación representa una grave afectación al debido proceso, así como a los derechos de la defensa y prueba, procesos que pueden derivar, a su vez, en sendas denuncias constitucionales, trayendo como consecuencia mayor carga procesal y desprestigio a la labor de los Magistrados.

Consideramos que la exigencia de motivación de las decisiones fiscales y judiciales pretende hacer prevalecer el derecho como acto de razón y de reflexión, por encima a la de un puro acto de voluntad y de poder. La motivación razonable y fundada en derecho constituye la principal garantía que materializa el principio de interdicción de la arbitrariedad¹²⁶.

Al respecto, el TC peruano ha señalado que: “[e]l contenido constitucional del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que las

¹²⁶ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

*resoluciones no obedezcan al mero arbitrio del órgano jurisdiccional que la expide, sino que se sustenten en el ordenamiento jurídico y en los hechos del caso*¹²⁷. En igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional español ha establecido que: “Para una más adecuada decisión del caso enjuiciado, resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es *garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos* (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2)¹²⁸”.

Como señala el TC peruano: “*El derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable*”¹²⁹ y que: “*debe tenerse presente que en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas -sean o no de carácter jurisdiccional- es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. 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*

¹²⁷ Véase, la STC recaída en el EXP. 9953-2006-PA/TC; EXP. N.º 01089-2009-PA/TC; CASO: ALEIDA MERCEDES SANTISTEBAN ALAN.

¹²⁸ Continúa el Tribunal prescribiendo que: “Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2, 5/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2).

En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere “arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, 119/1998, de 4 de junio, FJ 2).

¹²⁹ EXP. N.º 458-2001-HC/TC; CASO: LEONCIO SILVA QUISPE

*adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional*¹³⁰.

A mayor abundancia sobre el tema, es de tener en cuenta también que la jurisprudencia en el derecho comparado, tanto constitucional y ordinaria, viene exigiendo un especial énfasis en la motivación y una mayor carga argumentativa en algunos casos puntuales; como cuando se afecta el valor y el bien superior del ordenamiento jurídico (la libertad), se limitan o restringen otros derechos, cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia o el órgano judicial, administrativo o constitucional o se aparta de los precedentes¹³¹. Con razón, se considera que la exigencia de motivación reforzada aparece de manera especial en el caso de las sentencias penales.

La especial razonabilidad de la motivación exige que el caso deba ser analizado desde la perspectiva del derecho fundamental involucrado y no tanto del sentido de la ley ordinaria y su aplicación al caso concreto. Ello supone necesariamente efectuar una interpretación según la Constitución¹³².

Finalmente, como conclusión, recordemos que el Tribunal Constitucional peruano –a la par del español¹³³– ha señalado el deber de motivación reforzada en los siguientes temas: a) cuando se vean afectados derechos fundamentales v. gr. derecho de defensa, derecho al recurso; b) cuando se trata de desvirtuar

¹³⁰ EXP. N.º 5156-2006-PA/TC; CASO: VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI; EXP. N.º 3881-2005-PA/TC; CASO: VÍCTOR LADRÓN DE GUEVARA DE LA CRUZ.

¹³¹ Véase, CORDÓN MORENO, FAUSTINO; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*; p. 180. En Italia: RIZ, ROLAND; *Lineamenti di Diritto Penale [PG]*; p. 396.

¹³² Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE; *Problemas Constitucionales de la Prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)*; p. 4.

¹³³ Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO; *Tratado de Derecho Administrativo [PG]*; Vol. I; p. 620.

la presunción de inocencia por la aplicación de las reglas de prueba indiciaria; c) cuando se pone en riesgo la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; d) cuando el juez se aparta de sus precedentes; e) cuando se trata de recursos contra sentencias penales condenatorias.

CONCLUSIONES

1. Se ha verificado que un preocupante porcentaje (45%) de fiscales no utiliza los criterios señalados en la Teoría de la imputación objetiva al momento de expedir las disposiciones fiscales de formalización y continuación de investigación preparatoria, con lo que se evidencia la vulneración del principio de imputación necesaria, derecho de defensa y a la prueba, como lo reconocen el 55% de los entrevistados.

Y es que debe tenerse presente, que la teoría de la imputación objetiva es solo explicable en el contexto de la normativización de la sociedad y es perfectamente aplicable a cualquier ordenamiento en el que exista el principio de legalidad que da carta de naturaleza a cualquier teoría del delito, tal como es nuestro caso.

Así, para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer, en primer término, si entre esa acción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural; pero, además, es preciso determinar que ese vínculo natural interese al derecho penal.

Pues bien, este último caso consiste en formular un juicio normativo, también conocido con el nombre de *juicio de imputación objetiva*. Comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso de la imputación objetiva. De esta manera y de acuerdo con esta teoría, no

puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado.

2. Igualmente, es de resaltar que el 21% de las disposiciones fiscales de formalización de la investigación preliminar no cumple con el estándar constitucional de debida y suficiente motivación de las resoluciones judiciales. Ello implica que los hechos no han sido descritos de la manera más circunstanciada posible, y menos aun se encuentra individualizada, etc.

Se ha verificado, entonces, que tales disposiciones fiscales vulneran los principios/garantías del debido proceso, motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la defensa y a la prueba, siendo que esta vulneración es más evidente cuando se trata del representante legal de las personas jurídicas.

RECOMENDACIONES

En atención a lo expuesto, consideramos necesario sugerir lo siguiente para la solución del tema planteado:

1. Continuar con la capacitación intensiva y práctica, de talleres especializados, exclusivamente para tratar de este tema, puesto que consideramos que el problema radica no en el conocimiento teórico del tema tratado, sino en la redacción, aplicación y la forma mecánica como actúan muchos de nuestros magistrados.
2. En tal sentido, consideramos necesario una modificatoria procesal para crear una audiencia de control de la imputación, para tratar exclusivamente de este tema, conforme expresamente ya existe en el Código Penal Militar Policial.

En el tercer párrafo del artículo 360 del referido Código textualmente se señala: “El fiscal, al comunicar al juez militar policial de la investigación preparatoria la apertura de la investigación, adjuntará copia de la investigación. El juez convocará a audiencia oral y pública para comunicar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del imputado.”

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- Abad Yupanqui, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional*. Ed. Palestra. 2ª. Edición actualizada. Lima 2005.
- Angulo Arana, Pedro. *La función del fiscal*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, marzo 2007.
- Bernaldes Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- Carpio Marcos, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra Editores. 1ª. Edición. Lima, enero 2004.
- Carrio, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997. Buenos Aires – Argentina.
- Castañeda Otsu, Susana y otros. *Introducción a los procesos constitucionales*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima 2005.
- Castillo Alva, José Luis. *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Reimpresión. Lima, abril 2004.
- Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Universidad de Piura. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima, octubre de 2004.
- Cordero, Franco. *Procedimiento Penal*. Ed. Temis. Bogotá 2000.
- De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *La constitución abierta y su interpretación*. Palestra Editores. Lima 2004.
- Donayre Montesinos, Christian. *El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, febrero 2005.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Estudios constitucionales*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima, mayo 2002.

- Fabián Novack y Sandra Namihas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura-GTZ. 1ª. Edición, Lima, noviembre 2004.
- Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003.
- García Belaúnde, Domingo. *La Constitución y su dinámica*. Palestra Editores. 2ª. Edición. Lima 2006.
- Hernández Valle, Rubén. *Derechos fundamentales y Jurisdicción constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, marzo de 2006.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2002.
- Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.
- Monroy Gálvez, Juan. *La función del Juez en el Derecho Contemporáneo*. Ed. San Marcos. 1ª. Edición. Lima 2004.
- Néstor Pedro Sagües -*Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus*. Ed. Astrea. Argentina - Buenos Aires 1988.
- Pizarro Guerrero, Miguel. *Jurisprudencia Constitucional del Hábeas Corpus*. Ed. Grijley. Lima, 2003.
- Quiroga León, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Jurista Editores. Lima 2000.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Jurisprudencia penal constitucional*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Lima, mayo 2005.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, 2006.
- Roxin, Claus, y otros. *Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*. Ed. Ariel. 1ª. Edición. España, marzo de 1989.
- Schmidt Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Proceso Penal*. Ed. Argentina, Buenos Aires 1957.
- San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2ª. Edición, Ed. Grijley, Lima 2003.

- Tiedemann, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores. 1ª. Edición, Lima 2003.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal – Parte General*. Ed. Grijley. Lima, 2006.
- Zavaleta Róger; Lujan, Manuel y Castillo Alva, José. *Razonamiento Judicial*. ARA Editores. 2ª. Edición. Lima 2006.

Revistas, artículos, material de estudios

- Castillo Alva, José Luis. *El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa*. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 150. Lima, mayo 2006.
- Castillo Alva, José Luis. *El principio de imputación necesaria – Una primera aproximación*. En: Revista Actualidad Jurídica No.161. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*. Palestra Editores. Lima, mayo 2006.
- Cuadernos de Derecho Judicial – *Constitución y garantías penales*. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España 2004.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Nueva jurisprudencia nacional y los tratados de derechos humanos*. Revista *Justicia Viva*. Fondo Editorial PUCP – IDL. Lima, junio de 2003.
- Espinoza-Saavedra Barrera, Eloy. *El hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Revista *Justicia Viva*. PUCP. Lima junio 2003.
- Estudios de Derecho Judicial – *Las reformas procesales*. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España 2005.
- Guzmán Tapia, Juan. *La sentencia*. Material de estudio del curso de Introducción al Razonamiento Jurídico II Nivel. Academia de la Magistratura, Lima 2001
- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003*. Comisión Andina de Juristas. Lima, mayo 2004.

- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Lima, octubre de 2003.
- Huerta Guerrero, Luis Alberto. *Libertad personal y hábeas corpus*. Comisión Andina de Juristas. Lima, noviembre de 2003.
- *Jurisprudencia – Derechos Fundamentales*. Suplemento de Diálogo con la Jurisprudencia. Ed. Gaceta Jurídica. Año 2. No. 21. Lima, marzo 2005.
- Palma Encalada, Leny. *El juez constitucional*. En: revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, No.140, Lima 2005.
- Página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.
- Reátegui Sánchez, James. *¿Existe el derecho a obtener una resolución con imputación concreta? – Una aproximación a su problemática*. En: Revista *Actualidad Jurídica* No.154. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- Santa Cruz Cahuata, Julio. *Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal*. Revista 4 de la Academia de la Magistratura. Lima 2000.
- Sosa Sacio, Juan. *Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*. En: revista *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*, Tomo 134, Lima 2005.
- Vásquez Vásquez, Marlio. *¿Cómo enfrentar el mandato de detención?* En: revista *Actualidad Jurídica* No.136. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2005.