

Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

HESBERT BENAVENTE CHORRES

Calificación de las denuncias penales

**PROBLEMAS Y CRITERIOS
PARA DETERMINAR
SU PROCEDENCIA O ARCHIVAMIENTO**



**DÍALOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA**

HESBERT BENAVENTE CHORRES

Calificación de las denuncias penales

**PROBLEMAS Y CRITERIOS
PARA DETERMINAR
SU PROCEDENCIA O ARCHIVAMIENTO**

**GACETA
JURIDICA**

Av. Angamos Oeste N° 526 - Miraflores

☎ (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.dialogoconlajurisprudencia.com.pe

INTRODUCCIÓN

El artículo 334.1 del Código Procesal Penal de 2004 faculta al fiscal calificar la denuncia que ha recibido, ello conlleva que en ocasiones la rechace de plano, absteniéndose de tramitarla por falta de contenido o relevancia penal. Sin embargo, cuáles son los motivos o razones que justifican tal decisión por parte de la fiscalía.

En efecto, en la praxis observamos una disparidad de criterios para el rechazo de la denuncia que, en ocasiones, raya con la arbitrariedad; por lo que, es objetivo del presente estudio identificar las razones normativas que justifican la decisión mencionada y a la que denominaremos la facultad de abstenerse de investigar o disposición de no inicio de investigación.

En tal virtud, vamos a dotar de contenido a las causales de abstención y la vamos a diferenciar de figuras semejantes como el archivo de las actuaciones y la reserva provisional de la investigación. Para el logro de esta diferenciación distinguiremos la calificación inicial de la denuncia con la calificación de la denuncia a razón de la investigación preliminar o inicial.

En esa inteligencia, vamos a establecer que en la calificación inicial de la denuncia, el fiscal valora la relevancia jurídica de los hechos denunciados, en el sentido de si es razonable la actualización del núcleo típico con la cadena fáctica denunciada. Luego, si es afirmativa tal actualización entonces el fiscal iniciará investigación; en cambio, si es negativa entonces el agente del Ministerio Público decidirá por no abrir investigación.

Ahora bien, en el presente estudio trabajaremos la calificación inicial de la denuncia a la luz de la teoría del caso, al ser la herramienta metodológica que ayudará a la fiscalía en la toma de su decisión. Igualmente, estableceremos los mecanismos de control o reclamación que el denunciante puede invocar para la tutela de sus derechos.

Por otro lado, la calificación de la denuncia a razón de la investigación preliminar o inicial parte del presupuesto que el fiscal decidió iniciar carpeta

de investigación, y de los datos de prueba que se obtengan de las diligencias de investigación iniciales. El fiscal podrá decidir, por un lado, por emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, o bien requerir al juez el inicio del proceso inmediato; o, por otro lado, podrá disponer el archivo de las actuaciones, la reserva provisional de las investigaciones o la aplicación del principio de oportunidad.

Como se aprecia, en esta segunda calificación, el fiscal cuenta con un plejo de opciones mayor que cuando estaba examinando en forma inicial la denuncia; ello, en virtud a que desplegó actos de investigación, de conformidad con su teoría del caso.

Por otro lado, y como un aporte adicional, vamos a examinar la posibilidad que la justicia alternativa tenga una mayor aplicación en nuestro sistema de justicia penal, como ocurre en la legislación comparada. En efecto, vamos a postular que en la calificación inicial de la denuncia, el fiscal tenga tres opciones: a) remitir la denuncia a justicia alternativa; b) no abrir investigación; o, c) abrir investigación. Ya en el último capítulo abordaremos el tema de la justicia alternativa.

Finalmente, el estudio de todas estas figuras se ha hecho a la luz del texto adjetivo de 2004 en conjunto con la doctrina más autorizada en esta materia; y, con nuestros propios aportes esperamos aportar, a la doctrina nacional, comentarios en torno al delicado estudio del contenido de la denuncia que realiza el Ministerio Público.

Ciudad de México, 15 de octubre de 2012

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DEL CASO COMO INSTRUMENTO PARA LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA

I. CONCEPTO DE TEORÍA DEL CASO

1. La estrategia de investigación

El numeral 4) del artículo 65 del Código Procesal Penal de 2004 (CPP) señala que “corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso”; ahora bien, por qué desde la investigación se debe contar con una estrategia, y por qué el fiscal tiene esta atribución expresa.

Con relación a la primera pregunta, la investigación preparatoria tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación; luego entonces, esta etapa está encaminada a determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado (art. 321.1 del CPP).

Para la cristalización de tales objetivos es obvio que se requiere de un planteamiento metodológico; el cual, partiendo de los hechos, se logre trabajar con las líneas de argumentación tales como: teoría del delito, teoría de la prueba y protección de los derechos humanos.

No obstante, si bien la investigación permitirá al imputado preparar su defensa, es el Ministerio Público quien la dirige (art. 322.2 del CPP). En efecto, es el fiscal quien conduce desde su inicio la investigación del delito, y en tal virtud, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (art. 60.2 del CPP). La dirección funcional

de la investigación conlleva que sea el fiscal el primer interesado en contar con una estrategia o plan de trabajo, que permita orientar su caso a los fines de la investigación anteriormente señalados.

En efecto, el fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio y adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación (art. 61.1 del CPP). Ahora bien, tal objetividad se debe plasmar en los actos de investigación que ordena, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado (art. 61.2 del CPP).

Para el logro de sus atribuciones se torna indispensable que el fiscal, desde el inicio de la investigación, cuente con una estrategia o planteamiento metodológico que no es otro que su **teoría del caso**. En efecto, y como se verá a lo largo de este apartado, la teoría del caso no se reduce a la presentación persuasiva de los hechos, ni implica una técnica de litigación oral, ni se elabora teniendo únicamente en mente el juicio oral; sino que es la herramienta de trabajo que se diseña para el logro de los fines del proceso (incluyendo los de la investigación) y para la toma de decisiones, ya sean anteriores o posteriores a la judicialización del caso.

En efecto, cuando el fiscal toma conocimiento de la noticia criminal, asume la carga de desplegar aquellos actos de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos, esto es, diligencias pertinentes y útiles para obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión (art. 65.1 del CPP).

Luego, su estrategia surge, no en el escenario del juicio oral, sino desde la investigación, donde su teoría del caso la debe estructurar pensando en los objetivos de sus indagaciones y en la multiplicidad de respuestas que el sistema jurídico oferta para la gestión del conflicto de intereses nacido a consecuencia de la comisión de un ilícito penal (justicia restaurativa, principio de oportunidad, terminación anticipada del proceso, juicio oral, etc.).

RECUERDA

El fiscal es quien decide la estrategia de investigación más adecuada al caso; ello implica, que desde que ha tomado conocimiento de un hecho delictuoso, el agente del Ministerio Público debe de elaborar su teoría del caso.

La introducción de la teoría del caso desde la fase de investigación ha sido de recibo en la legislación comparada latinoamericana. Así, el artículo 207 del Código de Procedimientos Penales colombiano precisa que, en desarrollo del programa metodológico de investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Asimismo, en Panamá, el fiscal tiene la obligación de investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso (art. 24 del CPP panameño). Con esa finalidad, para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público dirige la investigación de los delitos, practicando u ordenando la ejecución de las diligencias útiles para determinar la existencia del ilícito y los responsables (art. 68), procurando la solución de los conflictos a través de la aplicación de los mecanismos alternativos (art. 69).

No cabe duda, que el aspecto teleológico de las reglas de investigación colombianas y panameñas, están presentes en las normatividades de aquellos países de nuestra región (incluyendo Perú) que han adecuado las fases del proceso penal al modelo acusatorio; por lo que, se puede afirmar que la elaboración de la teoría del caso desde la etapa de investigación es una exigencia teleológica y sistémica, presente en las nuevas codificaciones latinoamericanas⁽¹⁾.

Finalmente, estudiar la teoría del caso desde el escenario de contar con una estrategia de investigación, conlleva la depuración de equivocadas ideas o concepciones en torno a esta teoría y que nos avocaremos en el siguiente punto.

2. Ideas erradas en torno a la teoría del caso

En este punto trabajaremos, como yerros conceptuales, las siguientes ideas: a) la teoría del caso es la persuasión de los hechos, b) la teoría del caso

(1) Al respecto, consúltese: HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Investigación policial y teoría del caso*. Flores editor, México, 2011, pp. 24-64.

es una técnica de litigación oral y, c) la teoría del caso se elabora pensando en un futuro juicio oral⁽²⁾.

2.1. La teoría del caso como la persuasión de los hechos

Son usuales las opiniones, como de Julio César Torrico Salinas, Director del Programa de Capacitación Permanente del Instituto de la Judicatura de Bolivia, en señalar que la teoría del caso es una explicación jurídica que, para el fiscal, conlleva convencer el por qué ciertos hechos ocurridos deben dar una sanción penal y, para la defensa, del por qué no debe sancionarse al ser humano a quien se le atribuye una conducta.

Similar opinión tiene Claudio Lovera quien indica que la teoría del caso es la narración sucinta de los hechos o de la historia que será presentada y sobre la que se pretende su aceptación; debe ser la trama para la obra del fiscal que es el juicio.

Asimismo, para Augusto Espinoza Bonifaz, el litigante en el juicio oral debe narrar y persuadir; esa es su principal tarea y primordial objetivo. Esto no solo se logrará con tener habilidad histriónica y talento intuitivo sino será necesario el diseño de una teoría del caso consistente, suficientemente probada y adecuadamente expuesta que tenga por finalidad lograr una decisión favorable por parte del juez. Para este autor, la teoría del caso es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí verá lo que nosotros vemos. Es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió, la brújula del litigante, un mapa que se diseña desde el momento en que se tiene conocimiento de la historia⁽³⁾.

Igualmente, Salas Beteta define a la teoría del caso como la brújula del litigante, es un mapa sobre el que se ha diseñado el transcurso del proceso, es el planteamiento que el fiscal y el abogado defensor hace sobre los hechos penalmente relevantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que lo sustentan⁽⁴⁾.

(2) Para mayores detalles, véase: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, capítulo primero.

(3) ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. "Estrategias de litigación oral. Teoría del caso". Documento electrónico, s/f.

(4) SALAS BETETA, Christian. "Teoría del caso". En: *Seminario sobre técnicas de litigación oral y pautas del juicio oral*. Lima, octubre de 2007.

Al respecto, consideramos que estas opiniones carecen de contenido y están influenciadas con un lenguaje náutico que no implica un desglose de lo que es la teoría del caso; en efecto, nada se nos dice con expresiones tales como: brújula o mapa; y por el contrario, van orientadas a la persuasión de las partes frente al órgano jurisdiccional.

Este error proviene de la interpretación de Baytelmán y Duce que efectúan de la reforma penal latinoamericana; en efecto, los citados autores chilenos escribiendo, con una visión norteamericana, precisan que la teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia y, por ende, la técnica y la estrategia terminan siendo, en definitiva, un asunto del mejor alegato, para convencer al juez o tribunal⁽⁵⁾.

Cuan mal han hecho este par de autores a la dogmática procesal latinoamericana, al reducir la dinámica de la reforma procesal penal a un conjunto de técnicas de litigio, desviando la atención de la doctrina a cuestiones secundarias y no a los asuntos primarios. Por ejemplo, ¿la actual teoría general del proceso puede explicar la mecánica del proceso penal acusatorio?, o bien, el tema que ocupa este estudio, esto es, ¿cuáles son los fundamentos dogmáticos para que el fiscal no inicie una investigación a pesar que se le ha comunicado una noticia criminal?

Cuan abandonada está de estudios la investigación preparatoria y cuanto inversión en recursos financieros y humanos en diplomados, cursos o talleres en torno al interrogatorio, contra-interrogatorio y las reglas de las objeciones; cuando, estadísticamente hablando, son pocos los casos que llegan al juicio oral y mayoritarios los que acceden a las otras respuestas jurídicas. En suma, nos hemos prostituidos en técnicas, queriendo ser expertos en hacer preguntas en el debate oral, descuidando la primera fase del proceso penal: la investigación.

Baytelmán y Duce han llenado la mente de nuestros juristas con expresiones tales como: “la teoría del caso es un ángulo desde el cual se ve toda la prueba, un sillón cómodo y mullido desde el cual se aprecia la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”⁽⁶⁾.

(5) BAYTELMÁN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal y juicio oral*. FCE, México, 2005, p. 37

(6) Ídem.

A los que estamos en el día al día laborando en el sistema penal (como juez, fiscal o defensor), se nos podrá retratar de mil formas el proceso punitivo, pero nunca que su estrategia procesal equivale a un sillón cómodo y mullido. Pero se repite, fruto de estos comentarios, en el Perú se construyó todo un “espejismo” en torno al nuevo proceso penal, señalándose que al ser un proceso penal acusatorio-adversarial, los jueces son “espectadores de lujo” y que resolverán según los argumentos de las partes, esto es, según la persuasión que genere sus exposiciones.

Pero este espejismo se cae cuando invocamos la audiencia de tutela de derechos prevista en el artículo 71.4 del Código Procesal Penal, o bien los diferentes criterios jurisprudenciales en torno a la prisión preventiva. Ello significa que el operador jurídico no está sentado en un sofá y que se limita a pronunciar Derecho solamente por lo que las partes le indiquen, sino que interviene en el litigio y hace suya la raíz latina **jurisdicción: dicta el Derecho**; participando como garante en la investigación del Ministerio Público, en estricta observancia de los principios y garantías procesales.

Asimismo, en lo que respecta al Ministerio Público, el propio artículo 65.4 CPP le exige que cuente con una estrategia en la investigación, que si bien el lenguaje náutico puede darle comprensión a la ciudadanía, existe todo un contenido que difiere por los autores citados en este apartado.

En efecto, dicha estrategia no se reduce a las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio oral, sino en la **gestión** del conflicto de intereses de relevancia penal puesto a conocimiento del fiscal. Esta gestión implica, por un lado, el despliegue de aquellas diligencias de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos, tomándose en cuenta aquellos elementos que favorecen al imputado; y por otro lado, la toma de decisiones objetivas (numeral 2) del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal), que van más allá o no se reducen al juzgamiento; así tenemos el principio de oportunidad, el recurrir a la justicia alternativa o solicitando los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

RECUERDA

La estrategia del fiscal durante la investigación implica la gestión del conflicto de intereses jurídico-penal que se le ha puesto a su conocimiento.

La estrategia de gestión es la que dota de contenido a la teoría del caso del fiscal y hace comprensible el por qué se le exige que dicha teoría lo vaya

construyendo desde la etapa de investigación; dado que, si esta teoría es la persuasión de los hechos en el juicio oral, por qué el fiscal lo tendría que construir desde la investigación si existe una multiplicidad de respuestas jurídicas que implica que no necesariamente el proceso penal llegará a la fase de juzgamiento.

Y si tenemos en mente el principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio o los diferentes mecanismos de la justicia alternativa, por qué el fiscal o el defensor debe elaborar una teoría del caso si no siempre se estará ante el juzgador para persuadirlo en torno a los hechos.

Estrategia no es persuadir; teoría del caso no es la técnica de persuasión de una cadena fáctica; abandonemos las erradas ideas de Baytelmán y Duce, y dejemos de ser escritores nacionales que escriben ideas extranjeras, propias de un sistema como el norteamericano diferente al nuestro.

2.2. La teoría del caso como técnica de litigación oral

No nos dejarán mentir que cuando la reforma empezó, nos llenamos de cursos y de literatura donde se nos enseñaban técnicas de litigación oral; a tal punto que bastaba que aparezca este título para que el curso tenga ganancia o beneficios económicos. Horas tras horas invirtiéndose en las reglas del examen, contra-examen y de las objeciones, así como, se analizaba la teoría del caso dentro de los alegatos de apertura, siendo una expresión sagrada la siguiente: **en los citados alegatos las partes exponen su teoría del caso**. Expositor que no recitase estas líneas no se le consideraba un experto del sistema acusatorio. Cuán equivocados hemos estado.

Así, Ana Calderón ha señalado que: “El fiscal y la defensa le deberán presentar una hipótesis sobre los hechos (teoría del caso) en un alegato preliminar, buscando vincular, en forma coherente y creíble, los hechos de la causa, la teoría legal y la prueba. Luego deberá introducirse la información en el juzgamiento, con el objetivo de demostrar la hipótesis”⁽⁷⁾.

Igualmente, Martínez Hidalgo sostiene que “el discurso de apertura es el primer relato de las partes ante el juez de juicio oral, cuyo objetivo principal es dar a conocer (la teoría del caso) su concepción acerca de las posiciones planteadas ya en la acusación, o bien, las posiciones que se deduzcan

(7) CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. “El juez en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*. Egacal, Lima, 2006, p. 3.

respecto de los cargos formulados, y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos. También puede conceptualizarse como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objetivo de ofrecer al juez una óptica, lente o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual, los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso”⁽⁸⁾.

Por su parte, Israel González Zurita, citando los manuales y técnicas de litigio escritas para Chile asume que: “El nuevo sistema procesal, introduce un juicio oral acusatorio-adversarial, que contempla garantías procesales básicas, como lo son la oralidad, publicidad, intermediación, concentración, contradicción, continuidad, y en torno a su propia estructura, se dará el debate entre las partes contendientes, entendida esta como una competencia de relatos o históricas (teoría del caso), que los litigantes presentarán ante un tribunal, que no tiene conocimiento previo de los hechos, bajo las reglas claras de litigación y desde luego en el cual se verán en juego la capacidad, técnica, estrategia y destreza, tanto de la defensa como del Ministerio Público, que a la postre, bajo un “justo” o “debido proceso” dará como resultado una condena o absolución dictada por los jueces que conozcan del caso, emergiendo la verdad procesal, que es más certera en un proceso de corte acusatorio adversarial”. Finalmente, en las conclusiones de su artículo dirá que: “los litigantes deberán exponer técnicas y destrezas en el contraexamen, a fin de justificar su teoría del caso y con ello aportar al tribunal elementos de absolución o de condena”⁽⁹⁾.

Asimismo, González y Reyes apuntan que: “la primera actuación de cada sujeto procesal en el juicio consiste en la exposición de los argumentos que conforman su teoría del caso, entendida esta como un relato de hechos y de la ley, integrada por sus proposiciones fácticas y teorías jurídicas, porque constituye el primer acercamiento de los intervinientes con los jueces, ya que a través de los argumentos que exponen, estos tienen conocimiento primario de los hechos, dado que la litigación como ejercicio estratégico, es el método del sistema acusatorio en virtud de que los alegatos que viertan deben sustentarse en una teoría del caso, que se fundamenta en las pruebas que se producirán en el juicio; por lo tanto, el éxito de un juicio depende de la construcción de una historia o relato que logre en el juzgador la convicción necesaria para obtener una

(8) MARTÍNEZ HIDALGO, José. *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de Hidalgo*. Porrúa, México, 2010, p. 215.

(9) GONZÁLEZ ZURITA, Israel. “El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial”. Citado por HIDALGO MURILLO, José. Ob. cit., p. 89.

resolución favorable, y ello se plasma en los alegatos de apertura, que en síntesis, constituyen la versión de los hechos que relata cada sujeto procesal, así como una promesa de lo que demostrará en juicio, siendo importante la versión que argumente cada interviniente, por ser el primer acercamiento con el tribunal que resolverá el conflicto existente⁷⁷⁽¹⁰⁾.

Para empezar la litigación oral no es propia del nuevo proceso penal, dado que aquellos que han litigado en el antiguo proceso penal ordinario, así como en las audiencias de segunda instancia, habrán experimentado la dinámica de la argumentación jurídica oralizada; que en tiempos actuales estas instituciones procesales se hayan distorsionado no elimina la presencia de audiencias en el sistema tradicional del sistema procesal penal peruano.

Luego, que el centro de la teoría del caso son los alegatos de apertura no convence, porque con qué línea de presentación uno acude a las audiencias preliminares o anteriores al juicio oral; o bien, con qué elementos uno decide generar o presentarse en una audiencia o adoptar una decisión sin incurrir en audiencia (ej. aplicación del principio de oportunidad).

Lo correcto sería que en los alegatos de apertura las partes exponen su programa metodológico surgido desde la etapa de investigación y que ha sido la estrategia por la cual uno ha transitado por las diferentes etapas del proceso penal con la finalidad que se gestione su conflicto penal.

Luego, entonces, no es convincente reducir la teoría del caso al litigio de la audiencia de juicio oral, esto es como la técnica de las partes para exponer sus alegatos de apertura o exposiciones iniciales. En primer lugar, porque con tales alegatos no se define el objeto del debate, sino con el auto de enjuiciamiento (art. 353 del CPP), el cual, a su vez es aquella decisión jurisdiccional que presenta, como condición necesaria, la acusación del fiscal (art. 349 del CPP); la misma que se elabora una vez concluida la investigación preparatoria (art. 342 del CPP); investigación que se formaliza con la Disposición que emita la fiscalía (art. 336 del CPP), la cual es el producto de las diligencias de investigación desplegadas según la estrategia del fiscal (art. 65.4 del CPP). Como se aprecia, existe toda una sistemática en las instituciones procesales, pero que, desde su génesis se requiere de una teoría del caso.

(10) GONZÁLEZ LEÓN, Gildardo y REYES VENEGAS, Lucio. "La etapa de juicio oral o de debate". En: *Juicio oral penal. Reforma procesal penal de Oaxaca*. Editorial Jurídica de las Américas, México, 2010, p. 327.

En segundo lugar, el juez penal no toma conocimiento de los hechos con los alegatos de apertura, sino con el auto de enjuiciamiento que, el juez de la investigación preparatoria, le hizo llegar (art. 354 del CPP). En tal virtud, no se debe dramatizar tales alegatos, sino que se les debe de entender como la exposición inicial de las partes, la cual antecede al momento de la actuación de las pruebas: la exposición inicial no es la teoría del caso, sino la presentación de las partes en la audiencia de debate oral.

RECUERDA

Es equivocado afirmar que la teoría del caso son los alegatos de apertura; por el contrario, es una exposición inicial que antecede al periodo probatorio.

Finalmente, no es cierto que el éxito de un juicio depende de la construcción de una historia o relato que logre en el juzgador la convicción necesaria para obtener una resolución favorable, dado que, el éxito del juicio depende de la existencia de medios de prueba –de cargo o de descargo– que comprueben el hecho de la acusación o lo desmientan y, consecuentemente, ofrezcan al juez la convicción necesaria de que el hecho acusado –no el alegado– es delito y que el imputado es responsable penal de ese hecho.

2.3. La teoría del caso se elabora pensando en un futuro juicio oral

Leonardo Moreno señala que la teoría del caso debe estar orientada a un hipotético o efectivo juicio oral⁽¹¹⁾. En tal virtud, no le falta razón al jurista chileno, no obstante, y si somos coherentes con nuestra postura, si la teoría del caso es la expresión de una estrategia de investigación, entonces la misma está orientada a gestionar el conflicto tomando en cuenta las diversas opciones que el sistema ofrece desde la investigación, y no solamente en función al debate oral.

Sin embargo, existen opiniones que han llevado al máximo la absorción de la teoría del caso a la escena del juicio oral. Así, Cristal González precisa que la teoría del caso son las pruebas que se utilizarán para acreditar las proposiciones fácticas, que a su vez satisfagan los elementos de las teorías jurídicas; Cristal continúa afirmando que es el relato acerca de cómo sucedieron los hechos, observados desde nuestro punto de vista, debiéndose relacionar cada

(11) MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Editorial Didot, Santiago, 2012, p. 31.

alegato de apertura, interrogatorio, contra interrogatorio y alegato de clausura con la teoría del caso⁽¹²⁾.

Cristal, citando a Baytelmán y Duce, argumenta: “mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso –particularmente dentro del juicio– y nunca hago nada inconsciente con mi teoría del caso (...) de lo contrario, cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde ‘credibilidad’ es el nombre del juego” y, consecuentemente, sin salirse del juicio oral y, por ende, centrando la teoría del caso en esa sola fase procesal conceptúa que “la teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, si no que vincula la evidencia tanto como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás”⁽¹³⁾.

Esta concepción lleva a Cristal en supuestos procesales confusos para la recta administración de justicia penal: “en este nuevo sistema basta con que el tribunal no crea ni la teoría del caso ni las declaraciones de los testigos para que perdamos el caso” y, consecuentemente, “mentir en el nuevo sistema no es nada fácil” por lo que “el abogado no puede improvisar, tiene que estudiar su caso y conocerlo muy bien” porque “al construirla” no debe ser probada, “debemos creer en esta, para poder hacer que el tribunal crea también en nuestra teoría del caso”.

Consideramos que hemos visto demasiadas películas estadounidenses para suponer que creyéndome en mi caso venceré a los tribunales; y en esa inteligencia, qué debo de creer para la procedencia del principio de oportunidad o del acuerdo reparatorio.

Por otro lado, para González y Almanza, la denominada teoría del caso constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral⁽¹⁴⁾. Si bien es cierto, para los citados juristas peruanos la teoría del caso se construye desde el momento en que las partes han tomado conocimiento de los hechos,

(12) GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana. *Manual práctico de juicio oral*. Editorial Ubijus, México, 2008, p. 135.

(13) Ídem.

(14) PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. APECC, Lima, 2010, p. 237.

se observa claramente su adhesión a aquella corriente de pensamiento que vincula o identifica: teoría del caso y juicio oral.

En ese sentido, y de acuerdo con la mencionada equivalencia, las partes elaboran su teoría del caso pensando en el futuro y probable juicio oral que puedan participar; es decir, se enfocan en la presentación que realizarán de su personal versión de los hechos ante el juez de conocimiento.

Al respecto, Blanco Suárez precisa que “la teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndolos de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica”⁽¹⁵⁾.

De tales citas se puede observar la relación que se le pretende dar a la teoría del caso con el juicio oral, y en principio no les falta razón, dado que, el litigar dentro de la etapa más importante del proceso penal acusatorio implica el contar con una estrategia, hoja de ruta o plan de trabajo.

No obstante, lo que no compartimos es la reducción de la teoría del caso, en términos de aplicación y utilidad, al ámbito del juzgamiento, cuando desde la propia etapa de investigación, la misma puede ir rindiendo sus frutos para con la respectiva parte.

En efecto, piénsese en aquel abogado defensor cuya teoría del caso le revela pocas expectativas de ganar el juicio oral, él preferirá recurrir a una salida alterna a fin de que su cliente obtenga un pronunciamiento lo más benigno posible. Así, el optar por la suspensión condicional del proceso a prueba u otro mecanismo de terminación anticipada del proceso es a consecuencia de la estrategia adoptada por el defensor quien ve mejores frutos a la justicia negociada antes que ingresar a las turbulentas aguas del debate oral.

Igualmente, desde la órbita del Ministerio Público, el contar con una teoría del caso desde el inicio del proceso coadyuvará a conseguir una hoja de ruta que le guiará el curso de su investigación; por ejemplo, al identificar el material probatorio que requiere para el esclarecimiento de los hechos.

(15) BLANCO SUÁREZ, Rafael et ál. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 18.

En resumen, la teoría del caso, como herramienta metodológica, permite a los abogados el contar con una estrategia o planificación desde el inicio del proceso penal, el cual les guiará en sus actuaciones procesales en las diferentes etapas o fases del proceso punitivo; al permitirles la coherencia entre lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio⁽¹⁶⁾.

3. Nuestro concepto de teoría del caso

Como se ha indicado en los apartados anteriores, es tal la complejidad de la teoría del caso que escapa del mero alegato o exposición que se efectúa durante la audiencia del juicio oral. Como indica González y Almanza, la teoría del caso es la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar⁽¹⁷⁾.

Para nosotros, la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe de realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas –sustantivas y procesales–, así como el material probatorio, también conocido como evidencias⁽¹⁸⁾.

En efecto, si un abogado defensor plantea un homicidio por legítima defensa es porque los hechos, las normas y las evidencias están orientados a ese único sendero o explicación. De igual forma, si la autoridad ministerial a ese mismo suceso lo considera homicidio doloso es por la uniformidad de sentido que le arroja los tres ámbitos antes mencionados.

En ese orden de ideas, el carácter sistémico de la teoría del caso gira en torno a la ordenación y uniformidad de los elementos fáctico, jurídico y

(16) Empleamos el término “probatorio” en un sentido amplio, es decir a toda fuente que presente una determina información en torno a los hechos ventilados, en este caso, en un proceso penal. Fuente cuya existencia e identificación se deberá establecer desde la fase de investigación; para luego ser ofrecido a proceso el respectivo medio probatorio, en la expectativa que sea admitido por el juzgador –todo ello en la etapa intermedia o preparatoria del juicio oral–; para, finalmente, ser desahogada o actuada ante la presencia del juez de conocimiento a fin de que emita el juicio de valor respectivo, dentro del marco de la audiencia de debate oral.

(17) PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Ob. cit., p. 238.

(18) Cuando un investigador, frente a la ocurrencia de un homicidio con arma de fuego, recoge proyectiles perdidos, toma muestras de sangre, embala presuntos cabellos del victimario, etc., está recogiendo evidencias. Si ellas son aportadas e incorporadas a un proceso penal, y allí tales elementos permiten demostrar la responsabilidad del presunto victimario, diremos entonces que con ellos se ha probado determinado hecho. Tal vez esta distinción nos permita entender por qué en ocasiones se afirma que determinada evidencia no probó un acto o una imputación; en tal eventualidad, tal elemento fue evidencia pero no prueba.

probatorio, otorgándoles una misma función: el generar al abogado litigante un plan de trabajo que puede ser aplicado en las diferentes etapas del proceso penal, fuese cual fuese la autoridad a recurrir, así como, la audiencia a concurrir; generándoles algo más que la argumentación a presentar a exponer, por ejemplo, durante los alegatos iniciales o de apertura durante la audiencia de juicio oral.

Luego entonces, la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina **teoría del caso**, la cual es elaborada a partir de la evidencia y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar. **Esta teoría es la que guiará la investigación y permitirá a los intervinientes analizar la viabilidad de las diferentes respuestas que el sistema ofrece para gestionar el conflicto de intereses.**

POSTULADO

La teoría del caso es un método de trabajo que permite dar un solo sentido o significado a los hechos, normas y material probatorio; debiendo ser elaborado por las partes desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos y de esta forma transitar por las etapas del proceso penal con una estrategia o plan de trabajo.

Ahora bien, la teoría del caso, a su vez implica una **metateoría** que integra en su seno: a) la teoría de los hechos, b) la teoría del delito y, c) la teoría de la prueba, cuyo producto es el constructo o discurso argumentativo para cada sujeto procesal. En tal inteligencia, vamos a comentar esta trilogía de teorías, cuyo manejo conllevará a que el abogado cuente con los conocimientos necesarios para gestionar el conflicto penal.

II. LA TEORÍA DE LOS HECHOS

Para Bunge, el hecho es todo aquello de que se sepa o se suponga que pertenece a la realidad⁽¹⁹⁾. Asimismo, para Ernesto Rodríguez, la distinción entre hecho y concepto es que los conceptos simbolizan las relaciones empíricas y los fenómenos que vienen afirmados por el hecho; todo hecho se afirma como una relación de conceptos ya que cada término representa el fenómeno descrito por el hecho⁽²⁰⁾.

(19) BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Ariel, Barcelona, 1985, p. 717.

(20) RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto. *Metodología de la investigación*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2005, p. 58.

Ahora bien, para Taruffo⁽²¹⁾, cuando se habla de construcción, definición o identificación del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que aquel es determinado, o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes, parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen –cuando existen– según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas; no son los eventos del mundo real los que se construyen, definen o identifican, porque estos suceden de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio.

En esa inteligencia, el hablar de una tipología de hechos sería una abreviación lingüística de la estructura de aquellos enunciados fácticos elaborados por el sujeto cognoscente. No tiene sentido, por ejemplo, decir que un hecho es simple o complejo, porque solo puede ser simple o compleja su descripción en función del grado de análisis y precisión materializado en el respectivo enunciado.

En ese orden de ideas, las realidades que a continuación vamos a comentar no son otra cosa que enunciados fácticos que se han seleccionado por su relevancia normativa, de suma importancia para el sujeto a la hora de ir construyendo su caso.

NOTA

Los hechos no presentan una tipología, sino los enunciados que versan sobre los mismos, en función al grado de análisis y precisión de la descripción y extensión del segmento de realidad que aquella identifica y define como hecho. Asimismo, esta tipología va a operar en torno a la respectiva identificación o relevancia normativa.

(21) TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-114.

Una **primera tipología gira en torno a los denominados hechos principales, secundarios e irrelevantes**⁽²²⁾. En lo que respecta a los hechos principales, los mismos presentan un doble significado. Así, en primer lugar, el hecho principal equivale a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación. En un segundo sentido, denota la conjetura verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado; en ese sentido, el hecho principal opera como presupuesto de la decisión en el Derecho.

No obstante, puede suceder que entre las circunstancias de la situación haya algunas que, una vez conocidas o determinadas como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia del hecho principal. La selección se realiza sobre la base de la hipótesis de que este hecho exista, por medio de los criterios de formulación de posibles inferencias (o bien, inversamente, supuesta una circunstancia se trata de ver si existe una posible inferencia que concluya diciendo algo sobre el hecho principal). Si la selección tiene algún resultado positivo, se habrá identificado una circunstancia de hecho que será lógicamente relevante para la determinación del hecho principal y que, por lo tanto, podrá ser usada como elemento para prueba inferencial de este último. Las circunstancias de hecho que presentan esas características se denominan hechos secundarios.

Asimismo, tenemos aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que –sobre la base de los criterios de selección aplicados– resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan útiles a los efectos probatorios que caracterizan el hecho secundario. Precisamente porque son irrelevantes, estas circunstancias no están destinadas a desarrollar papel alguno en la decisión de la controversia y, por esta razón, normalmente no son tomadas en cuenta.

Por otro lado, una **segunda tipología gira en torno a los denominados hechos simples y complejos**⁽²³⁾. Por hecho simple se entiende cuando el mismo está constituido por un evento concreto, precisamente situado entre determinadas coordenadas espacio-temporales. Sin embargo, son muy frecuentes

(22) Para mayores detalles, consúltese: TARUFFO, Michele. Ob. cit., pp. 113-117.

(23) *Ibidem*, pp. 143-149.

los casos en los que el hecho relevante para la aplicación de una norma no puede reducirse a un evento simple y específico, bien delimitado en el espacio y en el tiempo, sino que se trata de un hecho complejo.

Se puede hablar de hecho complejo, al menos, en donde sentidos principales. En primer lugar, es complejo el hecho de que aunque sea identificado de forma simple por la norma aplicable está compuesto por distintas partes. Una segunda dimensión relevante de la complejidad está constituida por la duración en el tiempo; por ejemplo, la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción.

Por otro lado, encontramos una **tercera tipología de los hechos, denominada: hecho único / hecho colectivo**. La presente dicotomía gira en torno a si el evento incide únicamente en las partes o produce efectos jurídicos respecto de sujetos distintos a estas⁽²⁴⁾.

Sin embargo, una importante taxonomía es aquella que identifica: **hechos externos de aquellos internos o psicológicos**⁽²⁵⁾. En ese sentido, son hechos externos los acontecimientos que se producen en la realidad sensible, sea con o sin la intervención humana. En cambio, son hechos internos o psicológicos aquellos que denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta o el conocimiento de un hecho por parte de alguien; es decir, incumben a la esfera mental, cognoscitiva o emocional de un sujeto.

En cuanto a los hechos psicológicos, Gascón ha precisado lo siguiente: “Que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos y, por lo tanto, comprobables mediante juicios descriptivos. Significa tan solo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos”⁽²⁶⁾.

(24) *Ibidem*, pp. 149-158.

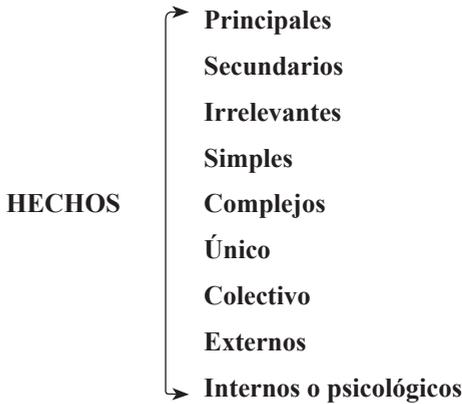
(25) *Ibidem*, pp. 159-165. GASCÓN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 75-78.

(26) *Ibidem*, p. 77.

RECUERDA

El dolo y la culpa son inferidos a través de los hechos externos u observables que contextualizan o dan un sentido al comportamiento, ya sea doloso o negligente.

TIPOLOGÍA DE LOS HECHOS



Por otro lado, en un proceso judicial, las partes elaboran tesis asertivas, las cuales serán sometidas al test de verificabilidad a fin de convencer al juzgador que su caso es el más verídico y razonable. En esa inteligencia, las partes no exponen la realidad –infinita e insondable– sino una parcela de esta a través de enunciados fácticos, cuyo grado de análisis y de precisión será sometido a través de la actividad probatoria.

Asimismo la elaboración de enunciados fácticos, en el ámbito de un proceso judicial como el penal, se justifica porque en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas referidas a la fundabilidad de expectativas o pretensiones. Para ello, es obvio que la estructura del enunciado debe constituir una correspondencia con las normas aplicables al caso y que al mismo tiempo posibilite la actividad probatoria, al constituir el objeto y finalidad de la prueba.

En ese sentido, la pregunta a responder sería: ¿Cómo construir aquellos enunciados fácticos y que al mismo tiempo posean relevancia jurídica y que puedan ser sometidos a la actividad de la prueba?

Como indica Taruffo, la construcción es una actividad compleja, que en algunos casos conlleva operaciones diversas y complicadas, de las cuales el enunciado fáctico es solo el resultado final⁽²⁷⁾. En ese sentido, Taruffo agrupa las distintas operaciones constructivas de los enunciados fácticos en las siguientes categorías:

a) Construcción selectiva. La cual hace referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de elecciones mediante las que se excluye todo lo que no interesa incluir en el enunciado (en ese momento o a los efectos de las finalidades por las que es formulado); es decir, una infinita variedad de circunstancias, y expresa únicamente aquello que se considera relevante, esto es, pocas circunstancias y posiblemente simples.

En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como estándares de elección de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia jurídica y la relevancia lógica del hecho del cual se habla. La relevancia jurídica deriva de la calificación del hecho según la norma que se le aplique, a los efectos de la decisión. En consecuencia, es la norma la que opera tanto como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran importantes, como de exclusión de las innumerables connotaciones del hecho que no interesan a los efectos de su aplicación.

Por otro lado, la relevancia lógica caracteriza a aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado, ello guarda relación con la importancia de los hechos secundarios como enunciados capaces de generar inferencias en torno a la veracidad o falsedad del o los hechos principales.

b) Construcción semántica del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Entre los muchos lenguajes posibles y entre los muchos usos posibles de un lenguaje, la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones muy precisas, con la finalidad de determinar la forma lingüística más oportuna y

(27) TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año VII, N° 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, p. 116.

más eficaz para expresar el significado del enunciado. Entre ellas, una elección especialmente importante es la que se plantea entre el uso de términos descriptivos y el uso de términos valorativos. De hecho, es evidente que, aunque no cambie el referente empírico del enunciado, es decir, el hecho material del cual se está hablando, el significado del enunciado mismo cambia dependiendo si se quiere expresar descripciones o valoraciones del mismo hecho.

c) Construcción cultural del enunciado fáctico. Cada enunciado relativo a la conexión entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad en función de las cuales dichas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se utilicen para formularlo. La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importante para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva y exclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales.

d) Construcción social del enunciado fáctico. Este tipo de construcción descansa en aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que crean y definen determinados hechos.

RECUERDA

Para la construcción de los enunciados fácticos se requiere:

- | | | |
|---|---|---------------------------|
| 1. Tomar en cuenta la relevancia jurídica y lógica | → | CONSTRUCCIÓN
SELECTIVA |
| 2. Tomar en cuenta la estructura y función del lenguaje, ya sea para presentar descripciones o para plantear valoraciones | → | CONSTRUCCIÓN
SEMÁNTICA |
| 3. Tomar en cuenta aspectos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos de la persona que participó en aquellos hechos que servirán de base para los enunciados fácticos | → | CONSTRUCCIÓN
CULTURAL |
| 4. Tomar en cuenta los diferentes subsistemas sociales que pueden dotar de sentido a los enunciados fácticos | → | CONSTRUCCIÓN
SOCIAL |

III. TEORÍA DEL DELITO

Hemos decidido estructurar la teoría del delito como una escalera de cuatro peldaños; donde, cada uno de los peldaños lleva el nombre de uno de los elementos que componen el hecho punible; así:

- El primer peldaño se llama “comportamiento”.
- El segundo peldaño se denomina “tipicidad”.
- El tercer peldaño lleva como nombre “antijuridicidad”.
- El cuarto peldaño se titula “culpabilidad”.

Asimismo, cada peldaño o escalón presenta sus propios requisitos de configuración o de paso; así:

1. La conducta requiere, por lo menos, voluntad y exteriorización.
2. La tipicidad exige que se hayan configurado los elementos tanto del tipo objetivo y del tipo subjetivo.
3. La antijuridicidad precisa, para poderla pasar, la ausencia de causales de justificación.
4. La culpabilidad, en cambio, requiere: imputabilidad o capacidad penal, el conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar, así como la exigibilidad.

No obstante, cada escalón, a su vez, presenta obstáculos o impedimentos para cruzar, que en doctrina son conocidos como las causales que excluyen el delito. Así:

- a) La conducta presenta como excluyentes: la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos, así como, los estados de inconsciencia.

Si no hay conducta, tampoco habrá delito y mucho menos la imposición de consecuencia jurídico-penal alguna.

- b) La tipicidad presenta los siguientes excluyentes: el acuerdo, la ausencia de algún elemento del tipo objetivo o la ausencia de algún elemento del tipo subjetivo, siendo el caso del error de tipo invencible el mejor ejemplo de esta última clase de ausencia.

Igualmente, si hay conducta, pero no tipicidad, entonces no se podrá hablar de delito alguno, ni tampoco la aplicación de sanción penal alguna.

- c) La antijuridicidad presenta como excluyentes: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un derecho, así como, el cumplimiento de un deber.

En ese sentido, podrá haber conducta y tipicidad, pero si no hay antijuridicidad, tampoco delito ni consecuencia penal alguna.

- d) La culpabilidad presenta como excluyentes: la inimputabilidad –que a su vez presenta a la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y la minoría de edad– al error de prohibición –en especial la invencible– y a la inexigibilidad –que a su vez está conformada por el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable.

Si, habiendo una conducta típica y antijurídica –esto es, un injusto– pero no hay culpabilidad en el sujeto –es decir, no le es reprochable– entonces no se configura la existencia de un delito; no obstante, es posible la aplicación de medidas de seguridad, tal como se indicará en los párrafos siguientes.

Por otro lado, si se logra subir los cuatro escalones entonces una puerta se abrirá, la que hemos denominado “pena”; por la sencilla razón que la pena es una consecuencia jurídico-penal que se impone a aquella conducta típica, antijurídica y culpable salvo que se configure alguna causal de cancelación de la punibilidad, aunque ello no afectaría el haber adjetivado el comportamiento como delictuoso.

Sin embargo, si logramos ascender hasta la antijuridicidad pero no podemos avanzar a la culpabilidad, porque el sujeto presenta alguna anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia –los cuales son supuestos de inimputabilidad– y con el agregado de la peligrosidad delictual que presenta el inimputable, entonces se podrá aplicar otra consecuencia jurídico-penal diferente a la pena, esto es, la “medida de seguridad”.

No hemos colocado en nuestro esquema a los atenuantes o agravantes, dado que son temas que serán tratados dentro de las denominadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Ahora bien, el esquema refleja el tipo de teoría del delito que hemos seleccionado en el presente estudio para efectos de la construcción de nuestro caso;

y en ese sentido, consideramos que tal selección es respetuosa con el Derecho positivo de aquellos países que siguen la tradición jurídica romano-germánica; asimismo, porque tiene consenso tanto en la comunidad académica como en las decisiones judiciales; y, debido al grado de conocimiento y manejo que en torno del mismo detentamos.

Para ello, a continuación, explicaremos, en forma sucinta, cada uno de los elementos que configuran, materialmente, al hecho punible.

1. Comportamiento

El afirmar que el Derecho Penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Esto es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, no constituye sino el primer paso de su elaboración.

Ahora bien, en el esquema causalista se dio un concepto causal de la acción entendida, según Liszt, como la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación se le denomina resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación causa y efecto. El movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones, mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores; siendo el caso que, el contenido de esa voluntad, esto es, lo que pretende el sujeto, es un tema que se discute, en el esquema causal, a nivel de culpabilidad.

La crítica que se le ha levantado a la teoría causal de la acción es que la misma no corresponde con la esencia de la conducta. El actuar humano no es una simple causación de resultados, sino la construcción de la realidad. El contenido de la voluntad desempeña en ella un rol decisivo, de modo que no es posible que se le deje de considerar en el concepto de conducta.

Por otro lado, tenemos la teoría finalista de la acción, donde partía de la premisa que el Derecho Penal está vinculado al plano de la realidad por una

estructura lógico-real, que le imponía un concepto de acción del que no podía escindir la finalidad, sin que con ello quedara reducida un mero proceso causal. Según Welzel la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; asimismo, la elección de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes.

Sin embargo, causan dificultades a la teoría final de la acción las formas de comportamiento que justamente parecen carecer de una finalidad, pero sin que se les pueda negar relevancia. De esa forma, en los tipos culposos, a la conducta le corresponde una finalidad, no con respecto a un resultado jurídico-penalmente relevante, pues con relación al resultado relevante acaecido solo puede hablarse de una ausencia o de la ejecución defectuosa de una dirección (evitación de la finalidad). Así sucede en las conductas desarrolladas automatizadamente; en las descargas afectivas se puede además hablar también, a lo sumo, de una finalidad inconsciente. Finalmente, la teoría final de la acción por lo general no toma en cuenta los impulsos inconscientes de las conductas⁽²⁸⁾.

Asimismo, tenemos la denominada teoría de la acción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción, que de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición.

La teoría de la acción social no es suficiente para establecer un concepto independiente de acción. El carácter social de la acción implica que debe trascender al plano interactivo –social–; pero la conflictividad jurídica

(28) Ebert, Udo. *Derecho penal. Parte general*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, p. 31.

–lesividad– de la acción no es un dato necesario de esta, sino un requisito para que esa acción sea típica, con lo que no puede establecer pretípicamente, debe tener referencia normativa o valorativa.

A partir de 1960 se intentó construir un concepto de acción abarcativo de la omisión, pero tomando como modelo la estructura de ella. Si hasta entonces se concebía a la omisión como una variable de la acción, estos ensayos trataron de invertir la situación, es decir tratar la acción como una variable de la omisión⁽²⁹⁾.

Lo común entre los autores que formularon este concepto –entre ellos Jakobs– era caracterizar a la acción sobre la base de la evitabilidad: la acción en Derecho Penal era la evitable no evitación en posición de garante. La posición de garante –que se elaboró para la omisión, con el fin de eludir la amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica– se generaliza y extiende también a la actividad.

Roxin postula un concepto de acción pretípico, al que denominó concepto personal de la acción, y lo definió como lo que se produce por un hombre como centro de acción anímico-espiritual, o más brevemente, como exteriorización de la personalidad que tendría una base prejurídica penal. No obstante, Roxin admitía que era imposible, en algunos casos, sostener un concepto de acción completamente neutral frente al tipo, particularmente en las omisiones.

Para Zaffaroni, el concepto de acción es jurídico, o sea que debe construirse por el Derecho Penal; el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto sino que limita a la construcción del concepto –no se puede abstraer lo que no existe–; la base legal no debe derivarse de los tipos penales sino de la Constitución y del Derecho internacional, el concepto debe elaborarse teleológicamente, conforme al objetivo reductor y conteniente de todo el saber jurídico-penal.

Concepto de conducta					
Causalidad	Finalidad	Socialmente relevante	Evitabilidad	Manifestación de la personalidad	Abstracción jurídica

(29) SIERRA, Hugo Mario y CÁNTARO, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2005, pp. 155-156.

Al respecto, nosotros entendemos que el comportamiento es significado; expresión de sentido; aportación comunicativa. No obstante, es descriptivo y no adscriptivo (como lo es el tipo), pero, cumple diversas funciones político-criminales, ej. describe la conducta valorada del sujeto, sin embargo, no juzga todavía ese valor (como típica, antijurídica o culpable): “solo valoro que es una conducta” o, a contrario sensu, “valoro que aquello no es conducta”⁽³⁰⁾.

Ahora bien, a pesar de las diferentes posiciones en torno al concepto de conducta, hay cierto consenso en admitir que esta tiene como misión la de excluir, desde un principio, determinados acontecimientos en el ámbito de lo punible. Según ello, para el ámbito restante se plantea la cuestión acerca de los elementos esenciales de la conducta.

En esa inteligencia, identificamos condiciones mínimas para estar presente ante un comportamiento humano, que a su vez sirva de base y enlace para los demás juicios de valor, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para afirmar la existencia de un hecho delictuoso.

En primer lugar, el agente debe ser una persona humana, particularmente los fenómenos naturales no tienen importancia jurídico-penal. Otro tema es la responsabilidad de las personas jurídicas o morales, sin embargo, el mismo no es tema del presente estudio.

En segundo lugar, no es objeto de valoración jurídico-penal lo que no se exterioriza en la realidad. De ahí que sean irrelevantes los planes, las intenciones y los ánimos si no han tomado forma en un comportamiento externo.

En tercer lugar, no hay comportamiento si no está presente la voluntad; es decir, el control, dominio o dirección de nuestros actos. Así, **la mayoría de**

(30) El concepto de comportamiento pretende tener un significado normativo-social (en lo que respecta a la faceta social de la conducta, no parto de la teoría de Jescheck). Normativo porque cumple funciones en el sistema del Derecho Penal; por un lado, una función negativa (Silva Sánchez: excluir determinados procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de normación penal) y, por el otro lado, una función positiva (Mir Puig: constituir la base sustancial mínima, en la cual se puedan asentar las demás categorías del delito y sus modalidades). Sin embargo, para el logro de sus funciones, específicamente la negativa, debe ser valorativa, es decir, no puede solo reducirse a una esfera meramente social –incluso óptica– (en contra Velásquez). Finalmente, opino que es conjugable un concepto de comportamiento valorativo con una base social (comunicación) bajo un contexto político-criminal; es decir, descripciones y/o valoraciones de un hecho que no constituye una conducta jurídico-penal afectan varios principios políticos criminales; ej. legalidad (función de motivación y/o determinación), merecimiento y necesidad de pena –específicamente en lo que respecta a la prevención (general y especial) y de culpabilidad–.

excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad. Así tenemos⁽³¹⁾:

(1) Fuerza física irresistible.- Es aquella fuerza material que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse o dejarse de mover; es decir, aquella energía, proveniente de la naturaleza o de un tercero, que es de tal magnitud que la persona que la recibe no puede resistirlo, venciendo su voluntad y perdiendo la capacidad de controlar sus movimientos.

EJEMPLO

Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso, el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible –el movimiento sísmico– por lo que no hay acción.

Como se aprecia, la fuerza física irresistible es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide por completo moverse conforme a su voluntad.

(2) Movimientos reflejos.- Son reflejos condicionados que no constituyen conducta, ya que dichos movimientos no son controlados o producidos por la voluntad de la persona. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

EJEMPLO

Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiera a otra persona.

Se caracteriza, por lo tanto, por un estímulo sensorial que es transformado en movimiento sin intervención de la conciencia o de la voluntad⁽³²⁾.

(31) Para mayores detalles consúltese el apartado: 2.4.1.2.1.

(32) Sin embargo, no son siempre fáciles de delimitar a los movimientos reflejos, al menos como con las conductas finales breves y las reacciones de miedo, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado. En ellas no está eliminada la voluntad –como en el reflejo– sino que es formada tan rápidamente con base en una sensación y transformada en una reacción, que no queda tiempo para la formación de un contramotivo.

(3) Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo).- Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos.

EJEMPLO

A, bajo un estado de sonambulismo, tropieza con un florero muy costoso y de propiedad de B. Al respecto, no se puede hablar de conducta, ni mucho menos de ilícito penal, dado que A no tenía control consciente sobre sus actos.

La nota común de estos supuestos de involuntariedad es que eliminan la conducta, y al no existir la base sustantiva con que adjetivizar, tampoco se podrá afirmar la presencia de un ilícito penal, y menos aún la aplicación de consecuencias jurídico-penales.

CONDUCTA

Elementos configuradores:

- Persona humana
- Voluntad
- Exteriorización

Excluyentes:

- Fuerza física irresistible
- Movimientos reflejos
- Estados de inconsciencia

2. Tipicidad

El primer adjetivo de la conducta delictiva es la tipicidad. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal; es decir, como posible delito. En ese sentido, aquí se debe comentar lo referente al tipo penal, así como al juicio de tipicidad.

Así, en primer lugar, el ilícito penal solo puede estar establecido por una ley - principio de legalidad. En consecuencia, las formas de ilícito punible se describen en la ley. Dichas descripciones legales se denominan tipos penales. Cada tipo penal constituye una particular forma de ilícito punible. Para Muñoz Conde, el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal⁽³³⁾.

(33) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1990, p. 40.

El tipo es una figura que crea el legislador para realizar una valoración de determinada conducta delictiva; es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes⁽³⁴⁾.

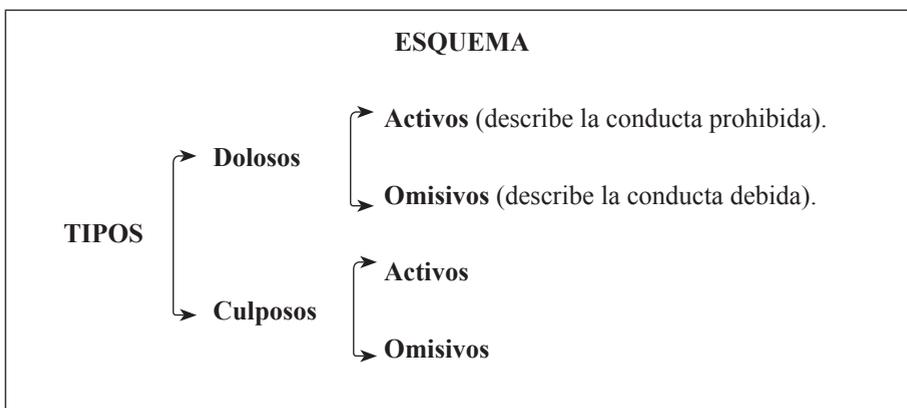
En ese sentido, el tipo penal cumple con las siguientes funciones:

- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho Penal.
- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se lo denomina tipo garantía.
- Función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por lo tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

Ahora bien, las leyes formulan tipos según diferentes técnicas de prohibición, lo que da lugar a distintas estructuras típicas fundamentales. Al respecto, Zaffaroni, precisa lo siguiente: “La señalización de los pragmas conflictivos y del consiguiente campo de prohibición de la conducta puede llevarse a cabo mediante la individualización de la conducta (a) atendiendo al fin propuesto por el agente, en cuyo caso resulta un tipo doloso; (b) puede optarse por señalar la acción prohibida atendiendo a que esta se realiza de un modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado que el agente debía observar, de lo que resulta un tipo culposo; (c) puede señalarse el pragma con la conducta prohibida dando lugar a un tipo activo; o bien (d) puede señalarse el pragma con la conducta debida y, por lo tanto, establecer como prohibida otra diferente de esta, por lo que resulta un tipo omisivo”⁽³⁵⁾.

(34) A diferencia del comportamiento, el tipo constituye un concepto fundamental del sistema cuyo fin es establecer el hecho típico: el carácter de conducta y el contenido de sentido necesario para imputar una realización típica concreto (al respecto, se habla del carácter interpretativo del tipo). Por el otro lado, las funciones señaladas para el tipo, reposan en principios político-criminales.

(35) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 78.



Por otro lado, el juicio de tipicidad es la tarea que realiza el juez para establecer si la conducta particular y concreta se adecua al tipo. Para ello se compara dicha conducta con la individualización típica. La subsunción es el resultado positivo del juicio de tipicidad o juicio de adecuación.

En esa inteligencia, luego de comprobado que en el caso hay un comportamiento humano, pasamos al siguiente nivel: la tipicidad, la cual es la adecuación o subsunción de una conducta en el marco de lo descrito en una ley. La comprobación de la tipicidad indica que existe una correspondencia exacta entre lo que el agente ha realizado y aquello que se encuentra descrito en la ley.

La tipicidad, entonces es la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta prohibida. En este nivel se trata de establecer una relación entre el supuesto de hecho (típico) y la norma (imperativa) que define el deber esencial cuya infracción consiste en el corazón del delito, ya sea de acción u omisión.

Por otro lado, en cuanto a la estructura del tipo penal, cabe señalar que el concepto o teoría del tipo fue enunciada primeramente por Ernst von Beling en 1906 y estaba concebido en forma objetiva, es decir, abarcando solamente la exterioridad de la conducta; prescindía de todo lo interno o subjetivo.

Posteriormente, encontramos la concepción compleja del tipo penal, la cual aparece con los trabajos de von Weber en 1929 y 1935 y A. Graff zu Dohna en 1936, consistiendo en la ubicación del dolo en el tipo. Se llegó a esta conclusión al advertirse que el tipo objetivo era insuficiente tanto para explicar la tentativa como para resolver la limitación de la causalidad.

El concepto de tipo complejo fue contemplado por Welzel quien en 1930 encuentra en el tipo no solo al aspecto objetivo sino también un aspecto subjetivo, integrado además de los referidos elementos subjetivos del tipo o del injusto, representados por el dolo y la culpa; por lo que, se empieza a hablar así del tipo objetivo y del tipo subjetivo, que se integran ambos en el tipo penal.

En la actualidad, se mantiene esta dicotomía, aunque por fundamentos distintos a la teoría finalista; por ejemplo, al atender las exigencias del principio de legalidad, el cual establece que el grado de tipicidad se da cuando encuadra, en sus aspectos internos y externos, una conducta a un correspondiente tipo penal, en la medida que, este último también haya aprehendido la naturaleza del comportamiento –valga la insistencia–, en sus esferas objetiva y subjetiva.

En esa inteligencia, el tipo objetivo contiene la descripción de un acontecer exterior, perceptible por los sentidos. El tipo subjetivo reúne los elementos subjetivos que inciden en la realización de la conducta.

El tipo objetivo, aunque describe exteriormente una conducta, por sí mismo es insuficiente para calificar de típica una conducta y ha de ser completado con los elementos que integran el tipo subjetivo.

RECUERDA

Para que una conducta sea típica deben configurarse los elementos tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo.

Ahora bien, **el tipo objetivo está compuesto por los siguientes elementos:**

1. Sujeto activo.- Es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal; es la indicación del autor del comportamiento típico. En esa inteligencia, y observando la técnica legislativa, existen tres formas para identificar al sujeto activo en los tipos penales. Así, la primera forma es a través de la fórmula genérica: “el que (...)”, ello denota que cualquier persona puede ser autor (en doctrina se le conoce como delitos comunes). La segunda forma es identificar aquellos tipos que, al vincularse con normas especiales, solo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial y que pueden obedecer a características naturales (la mujer como autora del autoaborto) o requerimientos jurídicos (el funcionario público), a estos delitos se les denomina: delitos especiales. Finalmente, existen otros tipos que en su modalidad básica pueden ser cometidos por

cualquiera, pero que en una modalidad calificada solo pueden ser cometidos por quienes reúnan la calidad personal exigida; por ejemplo, en algunas legislaciones el parricidio es un agravante del homicidio.

2. Sujeto pasivo.- Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Ahora bien, en algunas legislaciones como la mexicana, y para efectos procesales, se ha distinguido entre víctima y ofendido, donde este último es la calidad señalada para aquellos que indirectamente se han visto afectados por la conducta típica del sujeto activo, o bien, por razones de parentesco con la víctima y por ausencia de esta última, asumen el papel de ofendido.

3. Bien jurídico protegido.- El Derecho Penal liberal se basa en la protección de bienes jurídicos⁽³⁶⁾, por lo que, se acepta la vigencia del principio *nullum crimen sine injuria* (todo delito debe comportar un daño u ofensa o lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido).

Sin embargo, el concepto material del bien jurídico-penal es objeto de debate en el seno de la doctrina⁽³⁷⁾; no obstante, si es unívoco considerar las funciones que este cumple, también, lo debería ser, establecer su concepto

(36) Históricamente se ha ubicado la teoría del bien jurídico como producto del temprano liberalismo del Siglo XIX; cuando en 1834 Birbaum rebatía la posición de Feuerbach (quien junto a Kleinschrod y mucho más tarde Loening, y sobre la base del iluminismo y del racionalismo, apegada al contrato social, indicaba que el delito es la lesión de un derecho subjetivo), al considerar al delito como lesión de un bien (consideraba a los bienes jurídicos como objetos materiales que el Estado protege, los cuales, corresponden a particulares como a la colectividad), se empezó a hablar que la misión del Derecho Penal es, fundamentalmente, la protección de bienes jurídicos.

(37) Ello radica en los innumerables conceptos y tendencias que han surgido en torno al bien jurídico, el cual ha transcurrido por etapas (según Hormazábal de una determinada concepción del poder político). Así una primera etapa desde Birbaum hasta Honig: Birbaum (el bien jurídico son objetos materiales que el Estado protege), Binding (el bien jurídico es una creación del Derecho, el cual elige los objetos, que en opinión del legislador, merece protección), Liszt (los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o la sociedad, lo cual, la protección del Derecho lo eleva a bien jurídico), Honig (el bien jurídico consiste en una “fórmula sintética” en la que el legislador ha reconocido al fin que persigue cada una de las prescripciones penales, asimismo, es una “síntesis categorial” con la cual el pensamiento jurídico trata de captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares). Una segunda etapa, la cual consiste en el alejamiento del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos, así tenemos la Escuela de Kiel (Dahm y Schaffstein), la cual, proclamó la pretensión de garantía del “deber jurídico y la convicción”. Finalmente, una tercera etapa, la cual presenta, como nota característica, la diversidad de conceptos sobre el bien jurídico (fundamento constitucionalista, sociológico, personalista, político-criminal liberal), así como, su papel como límite al *ius puniendi* y entre otras funciones, además, de aquellas concepciones que reconfigura la misión del Derecho Penal; en la primera línea están las definiciones de Mayer, Weber, Welzel, Roxin, Sax, Rudolphi, Hassemer, Marx, Bricola, Angioni, Musco, Pulitano, Fiandaca, Hormazábal Malarée, Muñoz Conde, Mir Puig, Octavio Toledo, Gómez Benítez, Escrivá Gregorí, Gonzáles Rus, entre otros; en la segunda línea están los planteamientos de Jakobs (la misión del Derecho Penal es la vigencia efectiva de la norma) y Amelung (indica que, quien toma como punto de orientación el principio de protección de bienes jurídicos no puede legitimar las normas por sí mismas, ni la imposición de penas por su puro y simple

material; al respecto Caro Coria comenta lo siguiente: “(...) determinar el concepto material del bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de *lege lata*), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal de *lege ferenda*) (...)”⁽³⁸⁾.

Frente a este panorama, y sin entrar al terreno de la polémica, señalo que, el bien jurídico-penal es un valor normativo, el cual está condicionado por la utilidad al individuo y los parámetros constitucionales; no obstante, por la presencia del individuo, está sujeta a las condiciones históricas, socioeconómicas y culturales, las cuales constantemente cambian⁽³⁹⁾. De la citada afirmación, citamos a Roxin quien sostiene lo siguiente: “Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (...). La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”⁽⁴⁰⁾.

El bien jurídico tiene como finalidad limitar la función punitiva del Estado, es decir, el Derecho Penal interviene cuando media una dañosidad social (con referencia al individuo y en los parámetros constitucionales) y, teniendo en cuenta, por un lado, la fragmentariedad y subsidiariedad de esta rama jurídica, y por el otro lado, el merecimiento y la necesidad de pena. Frente a estos lineamientos el legislador apreciará si tipifica o no la conducta (si lo realiza es porque la conducta ha afectado, ya no un bien jurídico sino un bien jurídico-penal). Por fragmentario se entiende que el Derecho Penal no interviene contra toda conducta que vulnere bienes jurídicos, sino se limita a castigar las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Por subsidiario

quebrantamiento, sino que tiene, por el contrario demostrar, las consecuencias indeseadas que están detrás del “quebrantamiento de la norma”).

(38) CARO CORIA, Dino Carlos. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”. En: *Revista Themis*, N° 35, Lima, 1997, p. 139. El citado autor peruano define al bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

(39) Estos factores permiten precisar la mutabilidad del bien jurídico, la cual permite la tipificación de determinadas conductas y despenalización de otras, según un determinado contexto histórico, social, económico y cultural (valoración jurídica penal que puede cambiar si varía dicho contexto). Por ejemplo, en el Perú, en el Código Penal derogado de 1924 se penaba el delito de riña, duelo, adulterio y la piratería, los cuales en el Código Penal vigente de 1991 han sido destipificados.

(40) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 56-58.

se entiende que el Derecho Penal intervendrá no solo por la aparición de conductas socialmente dañosas, sino porque no existen o han fracasado o resultan insuficientes otros medios para hacerles frente (es lo que permite denominar al Derecho Penal como la última *ratio legis*). Asimismo, el merecimiento y la necesidad de pena serán analizadas más adelante. Finalmente, el bien jurídico penal puede ser individual y supraindividual o colectivo, no obstante, este último debe tener referencia al desarrollo personal del individuo o el interés humano; al respecto, Caro Coria comenta lo siguiente: “Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento (...). La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo solo a tipos de lesión o de peligro concreto”⁽⁴¹⁾.

4. Conducta típica.- Como ya se explicó en el apartado anterior del presente capítulo, debe darse un comportamiento relevante para el Derecho Penal, es decir, sea interpretable para el juicio de tipicidad o adscripción (imputación); al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “(...) un concepto de acción capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: función clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delitos; una función sistemática, de enlace, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añaden de modo de concreciones; y, en fin una función negativa o de delimitación, mediante la cual quedan excluidos a priori aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal”⁽⁴²⁾.

Aparte de la función negativa o de delimitación que cumple el comportamiento, es menester precisar que la conducta tiene relevancia penal cuando

(41) CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En: *Revista Themis*, N° 37, Lima, 1998, p. 206. Sin embargo, en la doctrina alemana y española existe una polémica sobre la validez y punición de los bienes jurídicos colectivos, apareciendo diversas teorías como la personalista (Hassemer), monista y dualista; no obstante, opino que el bien jurídico debe girar en torno al individuo, empero, las notas características del injusto penal reprochable como de sus consecuencias jurídicas pueden separarse de un pensamiento antropocéntrico y pensar, por ejemplo, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en contra de este giro de pensamiento: la Escuela de Frankfurt).

(42) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico penal de la acción”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2004, p. 13.

es expresión de sentido comunicativamente relevante, o como dice Kindhäuser: “En el proceso discursivo de la comprensión comunicativa para coordinar acciones no hay, pues, una subjetividad atomística, ni un abandono de la individualidad a través de una inclusión en la colectividad, sino la obtención de la autonomía individual mediante el intercambio de perspectivas; la apreciación del rol ajeno es necesario para el descubrimiento y constitución de la propia identidad”⁽⁴³⁾.

Sin embargo, no es conveniente equiparar la acción con la imputación (“causación imputable”) debido que, se confundiría el objeto de valoración (aunque designe el aspecto valorativo decisivo) con el juicio de valoración, así como se extendería la imputación objetiva hasta las figuras de movimiento reflejo y actos de inconsciencia⁽⁴⁴⁾. Asimismo, para el sentido de comunicación de la conducta, la misma, debe ser interpretable; es decir, en palabras de Jakobs, el plano de comunicación debe estar basado en un esquema de interpretación comunicativamente relevante⁽⁴⁵⁾.

5. Medio empleado.- Existen tipos que individualizan conductas que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que solo pueden cometerse en una circunstancia determinada. A estos últimos se les denomina: *tipos circunstanciales*.

Asimismo, cuando el delito se puede ejecutar utilizando cualquier medio, entonces estamos ante tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística en los que se requiere el empleo de un medio determinado.

6. Resultado.- El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación del bien jurídico. Sin

(43) KINDHÄUSER, Urs. “La fidelidad del derecho como categoría de la culpabilidad”. En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*, N° 1, Lima, 2000, p. 190. Sin embargo, discrepo con el autor cuando señala que quien actúa abandona instrumentalmente su ámbito de libertad y lesiona la autonomía comunicativa (la infracción de la norma lesiona la autonomía –*Kommunikative Autonomie*– de los demás) porque la conducta relevante jurídico-penal incide en la afectación de bienes jurídicos, los cuales no son solo derechos subjetivos (como piensa el autor) sino valores normativos (constitucionales) sujetos a factores históricos, socioeconómicos y culturales.

(44) Sobre este punto, Silva opina que por razones de pureza analítica, entre otras, pueden aconsejar una separación del examen de las causas de ausencia de acción y de las causas de exclusión de tipicidad.

(45) Al respecto, Jakobs indica que, “el esquema de interpretación comunicativamente relevante no es un mero derivado de la relación de causalidad y de la finalidad (...). Al contrario, esa atribución solo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no solo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado”. (Jakobs, Günther. “El concepto jurídico-penal de la acción”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima, 1994, p. 82).

embargo, este concepto refleja el denominado resultado material, el cual implica un daño observable, materializado en el bien jurídico y que, al mismo tiempo, presenta una separación espacio-temporal con la conducta; por ejemplo en el homicidio se puede distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte.

Sin embargo, también se habla de un resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro –concreto o abstracto– al bien jurídico penalmente protegido; por ejemplo, la tentativa.

7. Relación de causalidad.- Desde la concepción del delito por Franz von Liszt aparecen como características típicas: (1) la acción, (2) el resultado, y (3) la relación de causalidad, las cuales, per se, originan una clasificación de los tipos penales⁽⁴⁶⁾.

En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el Derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan⁽⁴⁷⁾. Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón⁽⁴⁸⁾, Aristóteles⁽⁴⁹⁾ o Santo Tomás de Aquino⁽⁵⁰⁾; siendo

(46) Recuérdese la clásica dicotomía entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. No obstante, esta distinción es rechazada por la doctrina dominante, al considerar que en los delitos de actividad el resultado se produce simultáneamente con la actividad; en cambio en los denominados delitos de resultado, hay una distancia espacio-temporal entre la actividad-relación de causalidad - resultado. Al respecto, véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 13, Lima, 2003, pp. 58-59. Particular posición presenta Lorenzo Copello, al afirmar que en los delitos de peligro abstracto solo hay un desvalor potencial de resultado; así consúltese: LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 182.

(47) Véase: KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. fundamentos de la dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 26.

(48) Como se sabe, el planteamiento de Platón giraba en torno al mundo de las ideas, y al no ignorar el problema causal, afirmó que el mundo de las ideas es regido por leyes causales; esto lo demostraría a través de las figuras silogísticas, en las que una conclusión pueda ser claramente señalada como la consecuencia de dos premisas (mayor y menor) que actúen como causas.

(49) A juicio de Aristóteles, no existe una sucesión infinita de causas, sino que existe un primer principio de todo, que podría ser considerado la causa de todas las causas. Cfr. ARISTÓTELES. *Metafísica*, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 32.

(50) Santo Tomás Aquino precisó que todo lo que se encuentra en movimiento ha sido impulsado por algo y que la causalidad es un presupuesto y no un objeto de prueba; asimismo, afirmó que solo Dios puede ser considerado como causa primaria mientras todo lo que a partir de allí acaece corresponde a fenómenos causales secundarios.

los trabajos de Stuart Mill, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Derecho Penal⁽⁵¹⁾.

En la actualidad se habla de un “principio de causalidad”, dado que la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico-formal de la causalidad, la cual puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina **principio de causalidad** y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de causalidad. Así pues para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos –acción y resultado– existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos⁽⁵²⁾.

8. Imputación objetiva.- Imputación significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *Imputation*) en autores como Kant, Feuerbach o Berner, por no ir más atrás. La pregunta de la imputación sería, pues, la de si el proceso externo tiene algún sentido (solo el actuar libre lo tiene. No obstante, como se va a señalar en el último apartado de esta investigación, las bases filosóficas por las cuales nos adherimos no provienen del idealismo kantiano; sino que, al hablar aquí de “libertad” lo hacemos bajo la filosofía del liberalismo político de Rawls). **Pero en el último siglo el término “imputación” se ha utilizado mucho más –precisamente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva– para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad.**

Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho⁽⁵³⁾.

(51) John Stuart Mill, en 1843, señaló que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.

(52) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Tipicidad e imputación objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 108.

(53) Que estas reglas de atribución de un sentido concreto al hecho de un sujeto puedan derivarse tan solo de la finalidad del agente es algo que ni siquiera los finalistas han admitido de modo general, de modo

Queda entonces la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como obra suya. Para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación –muy especialmente Hruschka–, no solo la teoría del comportamiento típico sino también la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación. Una y otra pertenecen a lo que se denomina *applicatio legis ad factum*, ámbito propio de las reglas de conducta. De ahí que sorprenda la cita que Frisch hace de aquel autor, cuando, según creo, sus construcciones parten de perspectivas radicalmente diferentes; en concreto, no parece que Frisch quiera renunciar a calificar el nexo entre conducta típica y resultado como cuestión de imputación objetiva. En cambio, Robles sí parece sugerir, aunque se muestre algo dubitativo y lo deje entre interrogantes al analizar el planteamiento de Schönemann, que también el juicio sobre el nexo entre conducta y resultado debe reputarse ajeno a las reglas de imputación. En este sentido, su planteamiento sería más próximo al de Hruschka.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de este a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse solo en términos de finalidad. **Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que solo pueden designarse mediante la idea de libertad.** Como indica Silva Sánchez: “El concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener (...) un carácter más personal” que el que le atribuye la teoría que los finalistas denominan “del injusto personal (...) en particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que este ha infringido un imperativo de conducta”⁽⁵⁴⁾.

En ese orden de ideas, la imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad.

que las propuestas que FRISCH y ROBLES hacen al respecto (sobre el entrecruzamiento de lo objetivo y lo subjetivo) tienen una amplia capacidad de suscitar consenso.

(54) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Normas y acciones en Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 135-136.

Estas ideas rectoras permiten afirmar que la imputación objetiva no solamente incide en la atribución de resultados a una conducta típica, sino que la imputación objetiva afecta, además de la atribución de resultados, la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación. Aunque, teniendo en cuenta los objetivos de este estudio, en la presente investigación nos ceñiremos a las dos primeras situaciones.

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización del riesgo). A continuación se van a desarrollar ambos aspectos.

A. Imputación del comportamiento: La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento lesivo puede imputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clases de roles deben, implícitamente, formar parte del contenido del determinado tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que, los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol configura los denominados **delitos de dominio o competencia por organización**; en cambio, el segundo tipo de rol determina a los denominados **delitos de infracción de un deber o competencia por institución**.

La creación de un riesgo prohibido.- Como puede derivarse de la propia denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido.

En lo que respecta a los delitos de dominio, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano (que forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido⁽⁵⁵⁾. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso

(55) Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones. Así, por ejemplo, Feijóo considera a esta figura como resultado de un juicio de ponderación de intereses (Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 201 y ss.). En cambio, para Jakobs, el riesgo permitido depende de la configuración de la sociedad (Cfr. JAKOBS, Günther. *La*

de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio)⁽⁵⁶⁾, normas técnicas y reglas de la prudencia⁽⁵⁷⁾.

No obstante, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido⁽⁵⁸⁾. Esta determinación solo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento⁽⁵⁹⁾.

B. Imputación del resultado: La relación de riesgo

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos.

En tanto la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa), la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios causales, sino que debe asentarse igualmente en criterios normativos. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al

imputación objetiva en el Derecho Penal. Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 121 y ss.).

(56) Para concordar con nuestra tesis de la normativización de las instituciones, se tiene que, para concretar el riesgo prohibido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico considera prohibidas. Estas conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad abstracta o concreta.

(57) Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 124 y ss.

(58) El riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal*. Ministerio de Justicia Interior, Madrid, 1995, p. 86.

(59) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 413.

autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al mismo.

En ese sentido, para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, este debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho Penal considera como factor determinante el comportamiento prohibido del autor. No se trata, por lo tanto, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en ámbitos complejos como el medio ambiente o la responsabilidad por el producto.

En nuestra sociedad, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado.

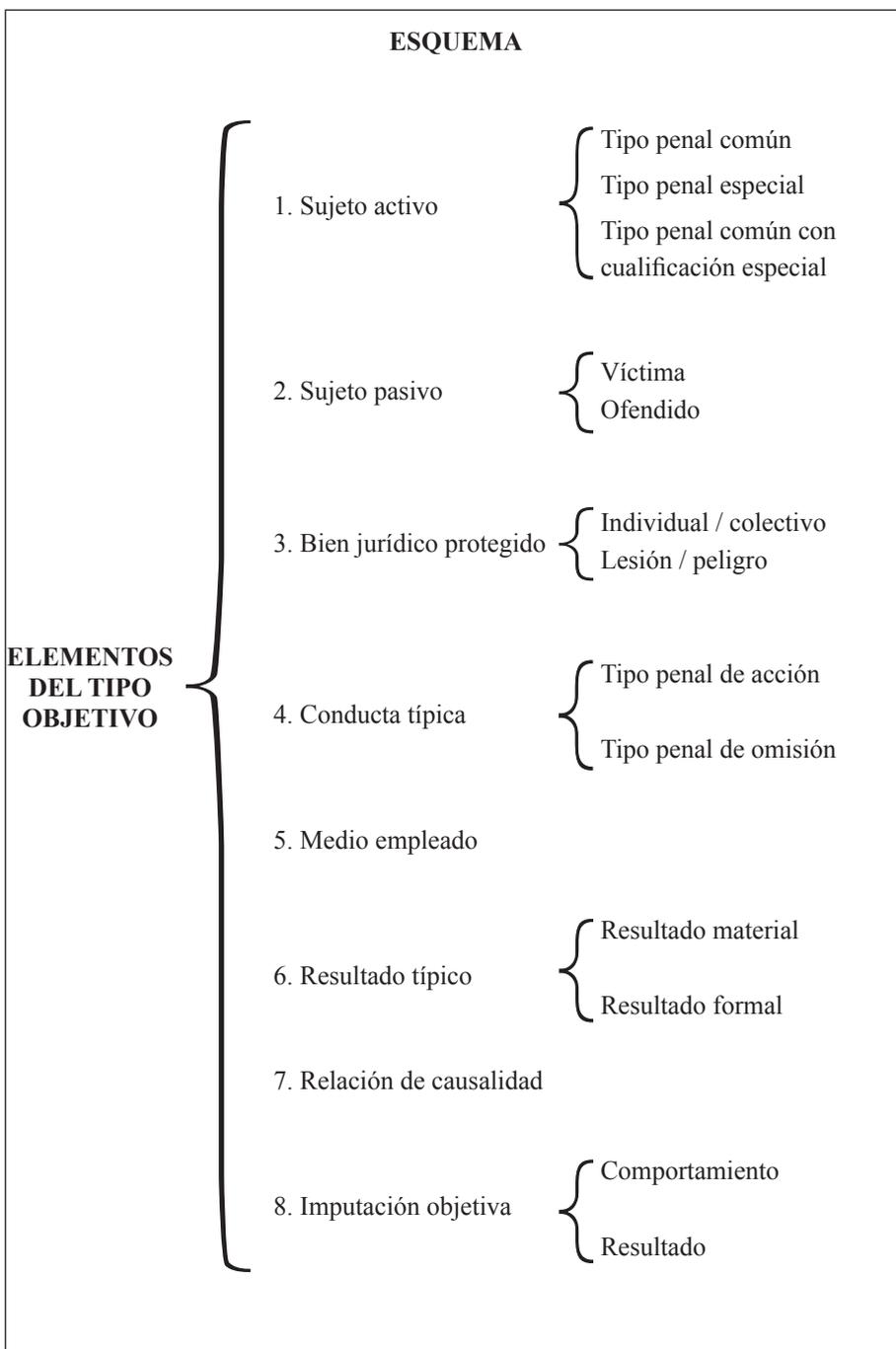
Sin embargo, los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando este puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida.

Al respecto, los grupos de casos que pueden surgir en el ámbito de la imputación del resultado son:

- Cursos causales hipotéticos o comportamientos alternativos conforme a derecho.
- Riesgos concurrentes.
- Daños derivados o secundarios.
- Daños tardíos.

Sin embargo, el desarrollarlos excedería el objetivo de nuestro estudio, por lo que, remitimos al lector consultar la literatura especializada en torno a la imputación objetiva.

Hasta aquí, se han comentado los elementos que conforman el tipo objetivo, dándosele prioridad a la imputación objetiva, como herramienta nomológica que permitirá atribuir al autor, como obra suya, la realización tanto de la conducta como del resultado típico.



Por otro lado, los elementos del **tipo subjetivo son:**

1. Tipo doloso:

1.1. Dolo.- En el dolo, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica; es decir, se debe extender a las circunstancias del hecho (elementos típicos) solo en tanto que determinan lo injusto del hecho⁽⁶⁰⁾. Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “El objeto del dolo ha de ser básicamente el riesgo contenido y determinable *ex ante* en la conducta del sujeto. El curso causal y el resultado en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su injusto típico, no son objeto del dolo”⁽⁶¹⁾.

De la definición dada se desprende que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo.

En lo que respecta al primer elemento, para actuar dolosamente, el sujeto de la conducta debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Para la existencia del dolo no se toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de sus actos, basta que sea al nivel o esfera de lo profano, es decir, que el agente ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo.

En lo que respecta al segundo elemento, para actuar dolosamente no es suficiente el mero conocimiento del tipo objetivo; es necesario además querer realizarlo. Si el tipo objetivo se realiza pero ello no es debido a la voluntad de realizarlo no hay dolo.

Finalmente, la doctrina ha realizado una clasificación del dolo en: a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual.

1.2. Elementos subjetivos distintos del dolo.- Normalmente, la esfera subjetiva de los tipos dolosos está limitada al dolo, por lo que hay una

(60) El concepto y ubicación del dolo varía según la posición de una determinada teoría o de autor; por ejemplo, en lo que respecta al concepto de dolo, el causalismo tiene una definición de la cual difiere del finalismo; asimismo, hay diferencia entre aquellos que ven la confluencia del aspecto cognitivo y volitivo de aquellos que ven al dolo como conocimiento (y la culpa como error). Inclusive se habla de un concepto de dolo desde la perspectiva criminológica: “el dolo comprende la actitud interna antisocial que el sujeto manifiesta en su conducta delictiva” (Elio Morselli).

(61) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 65.

congruencia perfecta entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Sin embargo, en algunos tipos penales específicos, para conformar el tipo se requiere la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, que deben concurrir además del dolo.

Estos elementos subjetivos distintos del dolo están referidos a fines y propósitos, cuya necesaria concurrencia en algunos casos confiere al hecho su dimensión de tipo penal.

Así tenemos:

- (a) Los tipos de tendencia interna trascendentes, que son: (1) los tipos mutilados o incompletos en dos actos, en los que el primer acto es realizado como paso previo para realizar otro, aunque la realización de este último no es exigida por el tipo - por ejemplo, el matar para facilitar otro delito. (2) los tipos de resultado cortado, se configuran con la realización de una acción con la que el agente pretende alcanzar un resultado ulterior, ya sin su intervención, resultado este que el tipo no requiere - por ejemplo, en el cohecho, este ilícito se consuma con el ofrecimiento o la dación corruptora aunque el funcionario no proceda según lo pretende el cohechador.
- (b) Los tipos de tendencia peculiar; requieren una tendencia interna del sujeto que no se exterioriza en forma completa. Se los denomina momentos especiales del ánimo - por ejemplo, en algunas legislaciones han colocado a la alevosía como agravante del homicidio.

2. Tipo culposo:

En principio, el Derecho Penal espera que los ciudadanos sean cuidadosos con ciertos hechos. Este deber de cuidado tiene como fundamento en lo que se espera de un ciudadano motivado a respetar el derecho. En un sistema en el que se adscribe la capacidad de actuar libremente se puede establecer el deber de que se planifique o se tenga cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para los demás. Este deber de cuidado pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organizaciones ajenas que vulneren los derechos de otros como personas.

El Derecho Penal puede asumir como función no solo evitar decisiones conscientes de lesionar a terceros, sino garantizar un mínimo cuidado con bienes ajenos. Y en una comunidad tan interrelacionada como la nuestra, en la que continuamente se puede afectar a derechos de terceros, es lógico que el Derecho Penal garantice un criterio de cuidado al menos con respecto a bienes

jurídicos de especial relevancia. La sociabilidad del individuo exige un cierto cuidado o respeto en el contacto con los otros.

Ahora bien, igual que se admite en general que el dolo debe abarcar la producción del resultado típico para que exista un injusto doloso consumado, la falta de cuidado o diligencia debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar este a título de imprudencia.

Lo que interesa a efectos jurídico-penales es el “fin de protección de la norma de cuidado” penalmente relevante.

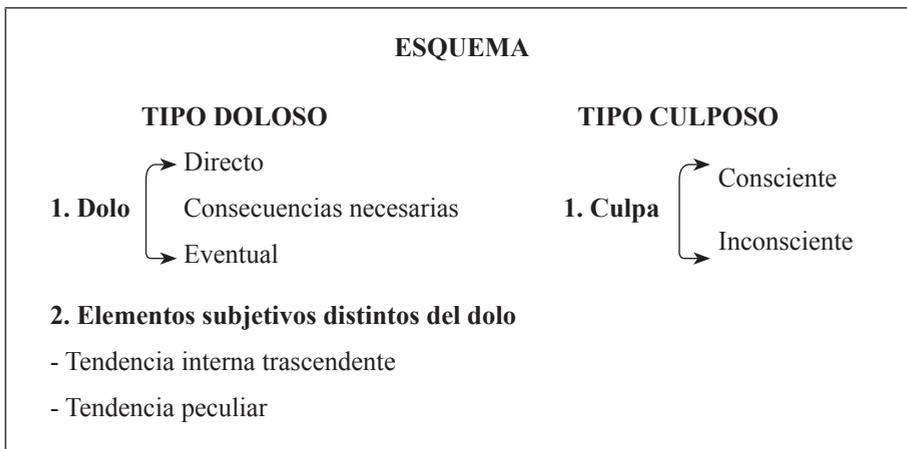
De esta manera, y siguiendo la línea de estudio desarrollada por Bernardo Feijóo (profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid)⁽⁶²⁾, el criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el fin de protección de la norma de cuidado, entendido este como la exigencia que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo. En caso de duda no se debe imputar el resultado.

Para determinar la existencia de la relación normativa entre el resultado lesivo y la conducta infractora del deber de cuidado se puede acudir como criterio auxiliar a la comparación de la conducta realizada con otra cuidadosa. Sin embargo, hay que tener presente que este criterio resulta solo asumible como límite para constatar que no existe tal relación. Se trata de un criterio fáctico y útil procesalmente, pero no es un criterio normativo que esté relacionado con la *ratio* del tipo de injusto imprudente. No se causa por imprudencia todo resultado que se puede evitar, sino solo aquel resultado con el que habría que haber tenido un mayor cuidado.

El criterio del fin de protección de la norma de cuidado, como criterio de imputación de resultados, solo cobra sentido mediante una correcta determinación previa de la infracción del deber de cuidado. Solo así se puede llegar a constatar si el resultado está relacionado con la finalidad o ámbito de protección de la norma de cuidado infringida.

(62) FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Editorial Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003, pp. 365-366.

Finalmente, a nivel doctrinal se plantea una clasificación de la culpa, tanto en la denominada consciente o con representación, así como en la inconsciente o sin representación.



Por otro lado, se debe tener cuidado en no incurrir en las denominadas **causales de atipicidad**⁽⁶³⁾, los cuales son aquellos supuestos en los que concurren determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal. Así tenemos:

a. Acuerdo.- Aquí el titular del bien jurídico dispone, en forma libre y voluntaria, del mismo; por lo que, toda conducta desplegada por un tercero dentro del ámbito de la disposición otorgada por el titular del interés jurídicamente en conflicto, excluye todo pragma conflictivo entre la conducta con un tipo penal.

EJEMPLO

Si Juan me invita a ingresar a su domicilio, se excluye toda consideración al tipo penal de allanamiento de morada.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue el acuerdo con el consentimiento. Así, el consentimiento conserva su denominación si hay

(63) Para mayores detalles consúltese: 2.4.1.2.2.

por parte del interesado una aceptación de una conducta punible que ataca un bien jurídico cuya lesión no desaparece, siendo su tratamiento la de ser una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. En cambio, toma el nombre de acuerdo si tal conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del titular del derecho y el libre ejercicio de la misma, operando como causal que elimina la tipicidad.

No obstante, nosotros opinamos que el acuerdo es una figura que torna irrelevante para efectos jurídico-penales la conducta de un sujeto, dado que, si el titular del bien jurídico permite la afectación a uno de sus bienes jurídicos, entonces no existe una antinormatividad que resaltar, siendo esta figura una causal que cancela la tipicidad de la conducta, y no la antijuridicidad: si no hay una norma penal violentada es innecesario el buscar si hay una norma permisiva que justifique el actuar del sujeto activo.

b. Ausencia de algún elemento del tipo objetivo.- Esta causal que excluye la tipicidad descansa en la no configuración de alguno de los elementos del tipo objetivo; por ejemplo, la ausencia de un funcionario público impide tipificar la conducta dentro de la gama de ilícitos penales especiales que afectan a la Administración Pública; otro ejemplo, es la falta de imputación objetiva, en los casos que la conducta desplegada por el sujeto activo encuadra en el ámbito del riesgo permitido, del principio de confianza, de la prohibición de regreso o en la autopuesta en peligro por parte de la propia víctima.

EJEMPLO

Si en una cirugía, el paciente fallece por una sobredosis de la anestesia, tal muerte se le imputará objetivamente al anesthesiólogo; siendo el caso que, los demás intervinientes en la operación quirúrgica no presentarían una conducta típica al no configurarse uno de los elementos del tipo objetivo: la imputación objetiva.

c. Ausencia del tipo subjetivo.- Como ya se ha indicado, el autor debe conocer los elementos que integran el tipo objetivo. Cualquier error o desconocimiento sobre la existencia de estos elementos tienen efectos sobre la tipicidad porque excluye el dolo, debiéndose buscar si se configura un tipo culposo, y si la respuesta es negativa entonces no queda de otra que expresar la ausencia del carácter de típico de la conducta.

Esta operación es conocida en doctrina como **error de tipo**; es la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

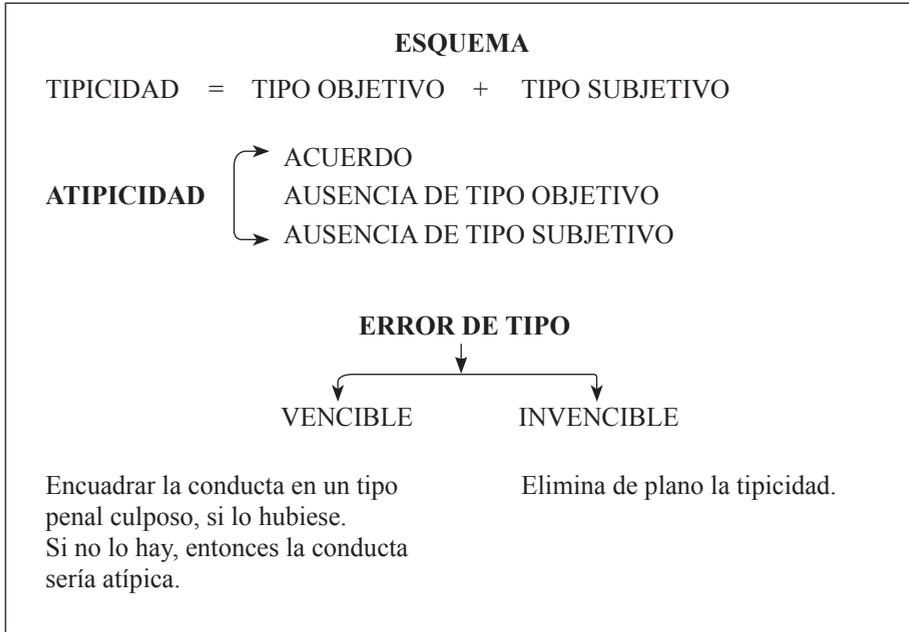
EJEMPLO

Existe error de tipo cuando alguien se apodera del abrigo ajeno creyendo que es el propio, o cuando la mujer ingiere una sustancia que cree que es un analgésico y en realidad es un abortivo.

Ahora bien, hay que distinguir entre el error de tipo vencible (relativo o evitable) y el error de tipo invencible (absoluto o inevitable). Es vencible el error cuando el sujeto pudo haberlo evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o de la significación del hecho. Es decir, se hubiera evitado mediante el empleo de una elemental diligencia y cuidado, como sería el caso del que con facilidad podría haber advertido que el abrigo que se llevaba no era el suyo. La consecuencia jurídica del **error de tipo vencible es el tratar de subsumir la conducta desplegada por el activo en un tipo penal culposo, sin embargo, si el mismo no existiese en la respectiva legislación** —ejemplo no hay robo culposo— entonces deberá considerarse como atípica la conducta y carente de todo contenido delictuoso.

Por otro lado, es invencible el error que hubiera padecido cualquier persona que estuviese en la situación del autor, aunque fuese cuidadosa y diligente, como sería el caso de que el abrigo ajeno fuese prácticamente igual al propio. En este caso, **el error de tipo invencible excluye cualquier forma de tipicidad.**

Finalmente se debe recordar que la ausencia de tipicidad en la conducta impedirá que se siga avanzando con los otros juicios de valoración, como son la antijuridicidad y la culpabilidad; dado que, no existen las condiciones para afirmar que se está ante la presencia de un delito y tampoco se generaría consecuencia jurídico-penal alguna contra el autor de una conducta atípica.



3. Antijuridicidad

La antijuridicidad es el segundo juicio de valor que recae en la conducta típica. Según López Barja de Quiroga⁽⁶⁴⁾, la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho. Es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Aquí se da el juicio de desvalor global a la conducta, es decir, se determinará la no presencia de causales de justificación y la desaprobación del ordenamiento jurídico en su conjunto de la conducta típica⁽⁶⁵⁾. Y es político-criminalmente importante porque es presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad.

(64) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 181.

(65) Esta desaprobación responde a la “unidad del ordenamiento jurídico”, es decir, si es ilícito en lo penal, también lo es en lo civil, administrativo, laboral, etc.

Históricamente, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Ihering, quien lo entendía, desde el ángulo del Derecho Civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuridicidad objetiva.

En el esquema causalista, la antijuridicidad fue entendida como la contradicción del aspecto externo del hecho con el Derecho, esto es, contra el orden jurídico del Estado. En ese sentido, si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.

Para el neoclasicismo, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho. Lo injusto se concebía como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo, a diferencia de la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción a la norma de determinación dirigida a la voluntad.

En lo que respecta al finalismo, Welzel definía a la antijuridicidad como la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico. Welzel utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como la legítima defensa.

En la actualidad, juristas como Muñoz Conde, precisa que el Derecho Penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos importantes, conminándolos con una pena. Por su parte, Enrique Bacigalupo sostiene que la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al derecho; es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico; es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

Asimismo, es común diferenciar la antijuridicidad con el injusto. Así, para Muñoz Conde, la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento

jurídico; el injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica⁽⁶⁶⁾. Jescheck señala a la antijuridicidad como la contradicción de la acción con una norma jurídica; el injusto es la acción misma, valorada jurídicamente⁽⁶⁷⁾. Gómez Benítez considera al injusto penal como la acción antijurídica y típica; es un sustantivo que alude a un desvalor que se forma sumando el desvalor de la tipicidad y el de la antijuridicidad⁽⁶⁸⁾.

RECUERDA

La conducta es típica cuando encuadra en un concreto tipo penal. Es antijurídica, cuando además es contraria a Derecho. La conducta típica y antijurídica conforma el injusto penal.

Por otro lado, en la doctrina se ha distinguido clases de antijuridicidad; así tenemos:

1. Antijuridicidad formal, la cual es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge; por ejemplo, el estado de necesidad o la legítima defensa.

2. Antijuridicidad material, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos.

3. Antijuridicidad genérica y específica. Es genérica cuando se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

Asimismo, normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico –función indiciaria de la tipicidad– pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

(66) MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 84.

(67) JESCHECK, Hans. Ob. cit., p. 210.

(68) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Ob. cit., p. 80.

Para Enrique Bacigalupo un comportamiento está justificado cuando el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para proceder como obró. Según Carlos Daza, las causas de justificación son una causa de licitud, pues quien actúa en defensa necesaria, estado de necesidad, lo que está haciendo es realizar un hecho típico, es decir, hacer uso de su derecho para obrar⁽⁶⁹⁾.

En ese sentido, las causas de justificación **o excluyentes de la antijuridicidad**, son⁽⁷⁰⁾:

a) Legítima defensa.- Consiste en repeler, ya sea el propio atacado o una tercera persona, una agresión humana ilegítima, actual o inminente, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

La legítima defensa se basa en el principio de que por regla general nadie está obligado a soportar lo injusto. Este permiso se habilita ante una agresión ilegítima, debe ser necesaria para repelerla, además debe ser racional y no provocada⁽⁷¹⁾.

Sus requisitos son:

- Agresión ilegítima; es el ataque realizado por una persona humana, el cual es típico y antijurídico, esto es, contrario a derecho, esta noción incluye el comportamiento de los enfermos mentales y menores de edad, dado que, estos constituyen supuestos de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad, siendo suficiente para justificar una legítima defensa contra un orate o menor de edad, si estos han realizado una agresión típicamente antijurídica.

Asimismo, la agresión debe ser actual, es decir, ha debido empezar a producirse. Igualmente debe ser inevitable el repelerla, esto es, que no existe otro recurso para evitar la agresión.

- Necesidad racional del medio empleado; la determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla quien repele la agresión, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.

(69) DAZA, Carlos. Ob. cit., p. 117.

(70) Para mayores detalles consúltese: 2.4.1.2.3.

(71) ZAFARRONI, Eugenio R. Ob. cit., p. 193.

- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; el que es agredido no debe haber provocado la agresión.

EJEMPLO

A dispara en el hombro a B cuando este último pretendía secuestrar a los menores hijos de A. En ese sentido, las lesiones que A le produjo a B –que encuadrarían en el tipo de lesiones dolosas– no son antijurídicas, por estar A protegido por la legítima defensa.

b) Estado de necesidad justificante.- Es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el Derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona.

Esta figura presenta los siguientes elementos:

- Situación de peligro, son los riesgos, provenientes de la naturaleza o del ser humano a través de movimientos carentes de dominio o voluntad –caso contrario estaríamos ante un escenario de legítima defensa–, en las que se ve envuelto un bien jurídico penalmente protegido.
- Elemento subjetivo, es la condición de infringir un deber o causar otro mal para salvar un bien jurídico puesto en peligro que, valorativamente es de mayor importancia que aquel bien jurídico afectado.
- Elemento objetivo, esto es, el causar una afectación sin tener la obligación de afrontar un peligro.

EJEMPLO

Para evitar la mordedura de un feroz animal, X ingresa, sin consentimiento y en forma violenta al domicilio de Z. En ese sentido, la violación del domicilio y los daños que X pudo generar en el mismo no son antijurídicos, al estar X amparado por un estado de necesidad justificante.

c) Ejercicio legítimo de un derecho.- Está justificado quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, en la medida que el actuante sea el titular del derecho y lo haya ejercido de manera razonable y proporcional, esto es, cumpliendo con los requisitos de ejercicio que señala la ley.

En efecto, semejantes manifestaciones no tienen por qué conformar una causa de justificación en tanto puede que la conducta desarrollada desborde los cauces legalmente establecidos, diluyendo el carácter legítimo ostentado por la mencionada acción⁽⁷²⁾.

EJEMPLO

La madre que corrige moderadamente a su menor hijo ve justificado su proceder mediante el derecho a la corrección que está conectado con el ejercicio de la patria potestad.

Constituye una regla destinada a la solución de problemas concretos que puedan surgir en el ejercicio de determinados derechos, ejercicio que evidentemente chocará con el derecho tutelado en el correspondiente tipo penal⁽⁷³⁾.

En ese sentido, el ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación, se fundamenta en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Pues este solo tendrá aceptación cuando haya sido ejercido legítimamente, es decir, por la vía autorizada por la ley. Y también en la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida para que excluya la antijuridicidad, debe ser dentro de la legalidad; es decir, que derive de una autoridad, que esta tenga competencia en el caso y que reúna los requisitos legales.

d) Cumplimiento de un deber.- El fundamento es similar que la causa de justificación anterior, con la diferencia que, en este caso, el sujeto al cumplir con las obligaciones que han nacido de la ley, cargo u oficio, ve justificado por el Derecho su comportamiento.

EJEMPLO

El funcionario público, que acogiéndose a la norma de transparencia y acceso a la información pública, se niega a cumplir una orden judicial de entrega de información a terceras personas, invocando que en la citada norma legal la información a entregar está sujeta a las reglas del secreto de Estado, estando prohibido de entregarlo. En esa situación, su conducta está justificada al estar amparado por la figura del cumplimiento de un deber, no generándose un injusto de desobediencia a la autoridad.

(72) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. cit., p. 475.

(73) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et ál. *Manual de Derecho Penal Parte general*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 486.

Dentro de la noción **cumplimiento de un deber** están comprendidas, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas. Por lo cual, con justa razón, no actúa antijurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.

Lo expresado demuestra que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de antijuridicidad pueden derivar: de una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley; o de una orden de la autoridad, entendiéndose por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden, que debe ser formal y sustancialmente legítima.

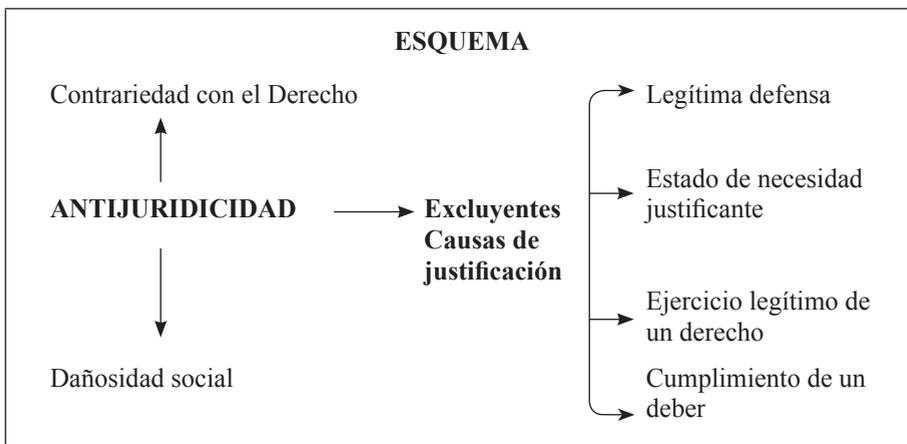
En esa inteligencia, toda conducta tipificada en la ley constituye, de ordinario, una situación prohibida, por contener mandatos de no hacer; mas cuando se realizan en el cumplimiento de un deber –como en el ejercicio legítimo de un derecho– adquiere carácter de licitud, excluyendo con ello la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal. En otras palabras, el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de esta directamente su justificación.

Por otro lado, toda esta gama de figuras son excluyentes de la antijuridicidad, lo que originaría el no estar ante un injusto penal, siendo innecesario continuar con el siguiente nivel de valoración, esto es, la culpabilidad. Asimismo, dejamos mención que en cuanto al error en las causas de justificación, seguimos el tratamiento que le brinda la teoría limitativa de la culpabilidad; esto es, equiparar esta clase de error con las consecuencias jurídico-penales que brinda el error de prohibición, que comentaremos en los puntos siguientes⁽⁷⁴⁾.

(74) Similar opinión, CARLOS DAZA (Ob. cit., p. 225). En contra, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación”. En: *Libro homenaje a Marino Barbero Santos*. Volumen I, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1179-1206; aquí la autora expresa las bondades de la teoría restringida de la culpabilidad, que equipara al error en las causas de justificación a los efectos jurídicos que genera el ya comentado error de tipo, ello porque cuando se actúa desconociendo la situación objetiva justificante lo que sucede es que no se aprehende la situación fáctica justificante, es, como se califica en el marco del error de tipo, una ausencia de representación. Sin embargo, para nosotros, esta ausencia de representación es cuanto al carácter de ilícito/licito que el sujeto activo impregna a su comportamiento y no en los elementos en que recae su conducta, ni menos aún, en su intencionalidad.

En esa inteligencia, sin antijuridicidad el análisis del carácter delictuoso de una conducta queda incompleto, al quedarnos únicamente con una conducta típica pero no antijurídica. Ello importa excluir la presencia de un delito, así como, la imposición de algún tipo de sanción, máxime si las causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, constituyen normas permisivas que denotan la falta de contrariedad entre la conducta con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, queremos hacer mención que, si se configura un injusto penal, esto es, una conducta típica y antijurídica, al menos contamos con un presupuesto para la aplicación de un tipo de consecuencias jurídico-penales, esto es, la medida de seguridad - figura que abordaremos en los puntos siguientes.



4. Culpabilidad

La culpabilidad es el último juicio de valor para establecer la presencia de un hecho punible. Esta categoría normativa enjuicia al sujeto –teniendo como referencia la conducta típica y antijurídica que realizó– a fin de establecer su capacidad de motivación para con las normas jurídicas, así como, la necesidad de aplicarle los efectos preventivos de la sanción penal.

Al respecto, Bacigalupo precisa que la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma⁽⁷⁵⁾.

(75) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Editorial Akal, Madrid, 1997, p. 298.

Por otro lado, la culpabilidad presenta los siguientes elementos:

1. Imputabilidad o capacidad penal.- La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas –psíquicas y físicas– que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad.

El acento está puesto en el proceso psicológico desde una perspectiva valorativa; no se trata de cualquier comprensión, sino solo del injusto, y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esa comprensión⁽⁷⁶⁾.

Sin embargo, este planteamiento es criticado por Bustos, quien afirma que esta concepción adolece del defecto general del normativismo, esto es, de poner el acento en la norma, en la acción y no debidamente al sujeto responsable. De ahí entonces, según Bustos, se le considera al hombre como individuo, no como ser social, y que el presupuesto general y abstracto de la imputabilidad sea el libre albedrío.

Así, el jurista chileno acota lo siguiente: **Se ha de partir del hombre como actor social y, por lo tanto, la perspectiva de la imputabilidad es antes que nada social concreta. Luego, es la perspectiva de una determinada concepción del Estado o de la sociedad. De ahí que una primera crítica fundamental al normativismo es que aplica la absolutez de los valores que ha empleado para la configuración del tipo legal a una consideración valorativa del sujeto (...). La imputabilidad no es sino un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico⁽⁷⁷⁾.**

Sin embargo, lo que se le puede objetar a la tesis de Bustos, en primer lugar, es la imprecisión de la fórmula: **conciencia social**; y en segundo lugar, si bien el hombre es un ser social, no se le puede desconocer los otros

(76) Ciertamente, este concepto de imputabilidad está de acuerdo con una concepción normativa de la culpabilidad, y es en especial normativo en relación al sujeto, a sus procesos de motivación y de formación de su voluntad de actuar, que pueden ser alterados entonces desde un punto de vista cognitivo, volitivo o afectivo. Ello permite una mejor consideración de todos los procesos afectantes de tales capacidades.

(77) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Volumen II, Trotta, Valladolid, 1999, pp. 340-341.

componentes que lo definen como tal: lo biológico, psicológico, moral, cultural, ergológico, etc.⁽⁷⁸⁾.

Frente a lo señalado, se puede formular el siguiente concepto de capacidad de imputabilidad: **es imputable, en primer lugar, aquel autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento.** Se pueden apreciar los dos aspectos de la imputabilidad: lo intelectual de la capacidad de imputabilidad (la capacidad de comprensión), como también su aspecto volitivo (capacidad de dirección). Y, **en segundo lugar, la imputabilidad del agente no se agota en una valoración de contenido psicológico - psiquiátrico, sino que también se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo**^{(79) (80)}.

Por otro lado, la imputabilidad puede verse eliminada o excluida por las siguientes situaciones:

a. Anomalía psíquica.- Esta causal también es conocida como trastorno psíquico patológico o por enfermedad mental⁽⁸¹⁾. Lo más relevante, lo

(78) Sobre esta noción del hombre se puede elaborar la noción de imputabilidad e inimputabilidad, pues como dice Reyes Echandía, las mismas poseen ingredientes psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales. Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. 11ª edición, Temis, Bogotá, 1987, p. 188.

(79) Al respecto, Frías Caballero precisa que la imputabilidad es un concepto cultural de índole compleja: psiquiátrico, psicológico y valorativo. Cfr. FRIAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 155.

(80) No obstante, la discusión se dirige a si debe ser o no la norma penal el indicador para determinar cuándo una persona detenta esa capacidad o cuándo no. Así, para Mir Puig ha de contemplarse con relación a la norma; es decir, se exige que concurran en el autor de la infracción de una norma unas condiciones determinadas de receptividad de dicha norma. No se trata de requerir una indemostrable libertad de voluntad, sino lo único necesario para que sea justo imputar (atribuir) al sujeto la infracción de la norma primaria, en términos que permitan aplicar la norma secundaria: que en el momento de actuar se hallase en situación de recibir el mensaje normativo y de poder ser influido por él sin dificultades u obstáculos notablemente mayores que el destinatario ideal de aquel mensaje. Cfr. MIR PUIG, Santiago. "El sistema del Derecho Penal en la Europa actual". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 33. Para el citado jurista es posible que el menor de edad penal o el enfermo mental reciban de algún modo la llamada de la norma, pero con una intensidad suficientemente inferior para negar que puedan ser motivados normalmente. Esto, para Mir Puig, basta para negar su capacidad de imputabilidad y, por ende, su culpabilidad.

(81) Así, por ejemplo, está regulado en el artículo 20 del Código Penal alemán. La expresión trastorno alude a la desviación de lo normal, y que también se limita a ella, sin expresar que tal desviación represente un deterioro ulterior de una situación previa de integridad psíquica. Asimismo, es común a todas las situaciones previstas por la norma que la desviación sea de orden patológico y que el proceso de enfermedad haya afectado la actividad psíquica del autor en un grado que solo interesa al Derecho Penal, impulsándolo de manera coactiva a una desviación normativa, es decir, influyendo en el núcleo de la personalidad del afectado.

característico, para determinar la incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental, radicará en la apreciación de la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho cometido o de actuar conforme a dicha comprensión. Esta opción, que cuenta con un amplio respaldo en la doctrina y en el Derecho comparado, no se encuentra libre de ciertas objeciones, sobre todo, por parte de un importante sector de nuestra doctrina penal más moderna, que fundamenta la denominada “culpabilidad” no en la posibilidad de que el sujeto hubiera podido o no actuar de otra manera –algo indemostrable– sino en la accesibilidad –como por ejemplo: ante la ausencia de ciertas enfermedades o anomalías psíquicas– a la motivación por la norma penal⁽⁸²⁾.

En la legislación penal moderna se observa una marcada tendencia a ampliar el ámbito de las causas de inimputabilidad por razón de la enfermedad mental, admitiéndose dentro de las eximentes de responsabilidad criminal no solo los supuestos de enfermedad mental en sentido estricto (la psicosis), sino también otros casos que abarcan distintas anomalías o perturbaciones psíquicas (por ejemplo, el parágrafo 20 del Código Penal alemán se refiere a “otras anormalidades psíquicas graves”; el artículo 20, inciso 1) del Código Penal español alude a “cualquier anomalía o alteración psíquica”; y en el artículo 20, inciso 1) del Código Penal portugués se remite a “una anomalía psíquica”).

La progresiva ampliación de las eximentes de responsabilidad criminal por inimputabilidad, debido a la enfermedad mental del sujeto, llevará consigo un incremento del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales, con todos los problemas de garantías para el afectado y que ha llevado a un importante sector doctrinal a reclamar para la aplicación de las medidas de seguridad los mismos principios garantizadores que informan la aplicación de las penas⁽⁸³⁾.

Por otro lado, dentro del Derecho Penal comparado se pueden destacar tres fórmulas legislativas, que configuran los supuestos de inimputabilidad por razón de la enfermedad del sujeto: (a) biológica; (b) psicológica; y, (c) mixta⁽⁸⁴⁾.

La fórmula biológica relaciona la exención de responsabilidad criminal con la existencia de la enfermedad mental. Sin embargo, presenta graves

(82) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 580-581.

(83) Ibídem, p. 583.

(84) Cfr. TORIO LÓPEZ, Ángel. “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de “enajenación”. En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez - Vitoria*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, p. 973 y ss.

inconvenientes: que el enfermo mental, al margen de la conexión causal de la enfermedad con el delito cometido, sea exento de responsabilidad criminal dando lugar a un criticable automatismo entre enfermedad mental e incapacidad de culpabilidad; y que la inimputabilidad quedaría limitada solo a quienes padecieran una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis), cuando en la praxis se admiten como supuestos de exención de responsabilidad criminal otros casos, como los relacionados con los psicópatas. Se cuestiona o se duda sobre la validez científica de la diagnosis acerca de la enfermedad mental en que esta fórmula se fundamenta.

La fórmula biológica, en cuanto se limita a describir datos existentes en la realidad relativos a la enfermedad mental (situaciones patológicas, morbosas, etc.) tiene a su favor que proporciona un alto nivel de seguridad jurídica.

Por otro lado, está la fórmula psicológica, la cual, se caracteriza por hacer depender la exención de responsabilidad criminal de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Aquí, la enfermedad mental no es presupuesto para la exención de la responsabilidad criminal. Se ha señalado que esta fórmula es más bien una fórmula normativa, siendo fundamental en la misma la determinación de si en el momento de la comisión del hecho el autor era capaz o no de atender a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula facilita una jurisprudencia más libre que en la fórmula anterior (la biológica), quedando englobado el juicio sobre la imputabilidad en la fórmula genérica de la capacidad del sujeto para autodeterminarse por el mandato normativo y, en todo caso, fuera de cualquier comprobación empírica. La aplicación de esta fórmula da lugar a una excesiva discrecionalidad judicial, y dificulta la posibilidad de una jurisprudencia uniforme, resultando contraria a las exigencias de taxatividad. Se postula en la jurisprudencia inglesa y norteamericana⁽⁸⁵⁾.

Finalmente, la fórmula mixta (biológica-psicológica), requiere para la exención de la responsabilidad criminal la concurrencia de dos presupuestos: primero, una base psicopatológica (elemento biológico), que se constatará por la Psiquiatría; y segundo, que esa causa psicopatológica determine que el autor, en el momento de la comisión del hecho delictivo, no pueda comprender

(85) Cfr. SEGURA GARCÍA. "Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada *insanity defense*". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 58, Madrid, 1996, p. 218 y ss.

la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (elemento psicológico). En este segundo presupuesto la competencia es exclusiva de los tribunales de justicia, quienes –con el apoyo de los dictámenes periciales de la Psiquiatría– han de comprobar si el autor del delito podía o no responder a la motivación normativa.

Esta fórmula se ha impuesto en diversas legislaciones: artículo 20, incisos 1), 2) y 3) del Código Penal español de 1995; parágrafo 11 del Código Penal austriaco; artículo 122 - 1 del Código Penal francés; artículo 20 del Código Penal portugués; parágrafo 20 del Código Penal alemán; artículo 10 del Código Penal suizo, etc.

La fórmula mixta tiene ciertas ventajas respecto de las otras fórmulas: frente a la biológica, la mixta requiere que la relevancia de la anomalía o alteración psíquica del sujeto sea constatada también en relación con el hecho concreto; y frente a la psicológica, la mixta tiene en cuenta las perturbaciones psíquicas recogidas en el Código Penal, que son susceptibles de ser investigadas por la Psiquiatría y Psicología, y por ello cumple más satisfactoriamente con las exigencias de seguridad jurídica.

RECUERDA

La noción de anomalía psíquica es más amplia que la noción médica de enfermedad o dolencia mental. En efecto, comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones de la conciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves.

La anomalía psíquica, relevante para el Derecho Penal, se explica **por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionados, psicosis infecciosas y otras.**

No obstante, para Villa Stein, el término “anomalía” que usa, por ejemplo el Código Penal peruano en su artículo 20, es incorrecto, pues debido a criterios estadísticos y teleológicos comprendería muchas más conductas de las que se puede referir el numeral del código⁽⁸⁶⁾. Además, no todas las enfermedades mentales son compatibles con la idea de la imputabilidad, sino

(86) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 369.

solo aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivos, afectivo y conativo⁽⁸⁷⁾.

Sobre esto, Quintero afirma que: “lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta de acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptables por los demás⁽⁸⁸⁾. Para Bustos se trata de un trastorno mental permanente o enajenación que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales”⁽⁸⁹⁾.

Pero esto es insuficiente para determinar la inimputabilidad. La anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía le impida comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales), o determinar su conducta de acuerdo a dicho conocimiento⁽⁹⁰⁾.

Y frente a ello, consideramos que son las psicosis el tipo de anomalía psíquica por excelencia que genera en la persona la calidad de inimputable.

En efecto, las psicosis producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas y pueden ser endógenas, que provienen de factores constitucionales, entre ellas están las esquizofrenias, la demencia maniaco-depresiva, etc.; o exógenas, que pueden ser psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), psicosis por infección (parálisis progresiva), epilepsia, arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc.⁽⁹¹⁾.

Precisamente, el uso de la expresión **anomalía psíquica** en el Código penal peruano permite la eximente tanto para enfermedades mentales u otras

(87) *Ibidem*, p. 371.

(88) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Ob. cit.*, p. 535.

(89) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Ob. cit.*, p. 259. De similar opinión: GÓMEZ BENITES, José. *Ob. cit.*, p. 381.

(90) Para GARCÍA CAVERO, no poseen la capacidad de comprender la vinculatoriedad del orden jurídico-penal. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. cit.*, p. 693.

(91) ROXIN, Claus. “Tratado (...)”, *Ob. cit.*, p. 827.

perturbaciones psíquicas graves (alteraciones psíquicas) como las oligofrenias graves (anomalía psíquica)⁽⁹²⁾.

Por otro lado, hay discusión sobre la psicopatía, como causal de inimputabilidad⁽⁹³⁾. Sin embargo, la psicopatía (también denominada personalidad anormal) presenta, en la persona que la padece, una grave distorsión en la actividad afectiva y que repercute en su esfera intelectual, impidiendo la capacidad de vivenciar la existencia ajena como persona y en consecuencia también la suya.

Como síntesis de esta caracterización, el psicópata no puede internalizar valores ni castigos, por lo cual es absurdo que el Derecho Penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho. Si se relaciona este cuadro patológico con las advertencias que se han formulado, se verá que la consideración jurídico-penal de la psicopatía como causa de inimputabilidad penal responde al reconocimiento del concepto moderno de enfermedad mental y la superación del antiguo concepto positivista⁽⁹⁴⁾.

En efecto, la psicopatía también debería ser considerada como causal de inimputabilidad, puesto que se trata de variaciones de la personalidad en sentido negativo, en las que el afectado padece la anormalidad, o la sociedad al afectado. Como características de la variación se citan: la pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad, la labilidad psíquica, etc.

b. Grave alteración de la conciencia.- La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros⁽⁹⁵⁾.

Sumamente crítico sobre la utilidad de esta figura es Quintero, quien señala lo siguiente: “(...) la presencia del trastorno mental transitorio obedecía al deseo de ampliar el ámbito de la eximente, en la convicción de que faltando

(92) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 563.

(93) Por ejemplo Jakobs considera que no presenta un cuadro que fundamentase la inimputabilidad (Derecho Penal (...) Ob. cit., p. 641). En cambio, Zaffaroni es de la opinión que sí, dado que, la psicopatía presenta como signo que el sujeto quien la padece es anético, es decir, sin capacidad para interiorizar los valores de las personas, así como, de las normas (Ob. cit., p. 677).

(94) ZAFFARONI, Eugenio Raúl et ál. Ob. cit., p. 678.

(95) En la ciencia penal española a esta causal se le denomina: “trastorno mental transitorio”, que origina una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto.

esa expresa mención sería difícil dar cabida a los episodios de locura pasajera, pues se partía de un concepto de enajenación, semánticamente cargado de la idea de permanencia. Actualmente nadie cree en la existencia de tales enfermedades temporales, sino en las enfermedades permanentes que se manifiestan solo a veces. En todo caso, no obstante, no resulta especialmente perturbadora la expresa referencia al trastorno mental transitorio⁹⁶⁾.

No obstante, no compartimos esta posición de Quintero, puesto que, aun hasta el más profano parte de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, pero que, en circunstancias particulares lo perturba, impidiéndose así darse cuenta lo que está haciendo en el momento en que actúa: una perturbación de su conciencia.

Así, en la grave alteración o perturbación de la conciencia, las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas.

Estas causas de grave alteración de la conciencia carecen de un fondo patológico, ejemplo: agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados poshipnóticos y determinados estados pasionales o afectivos. En todo caso, estos trastornos deben ser profundos eliminándose aquellos que se mantienen aún dentro de lo normal. Como indica Jakobs, el trastorno de la conciencia puede ser un trastorno psíquico patológico (delirio febril; embriaguez). El concepto tiene significación propia para los trastornos psicológicamente normales de la conciencia, como los estados crepusculares en el agotamiento extremo, los estados poshipnóticos, la alteración propia de los estados pasionales⁹⁷⁾. **La alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde, sino el discernimiento.**

En principio, cabe aclarar que la inconsciencia no afecta a la culpabilidad, sino a la propia capacidad de acción del hombre; una persona en estado de inconsciencia bien podrá llevar a cabo un movimiento corporal o permanecer en quietud corporal, pero tales comportamientos, debido a la voluntad faltante, no constituyen ni acciones ni omisiones. Las cuestiones acerca del grado en que el sueño, la hipnosis o la embriaguez generan inconsciencia y el grado en que ellos deban constituir simples trastornos, en el sentido de excluyente

(96) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 538.

(97) JAKOBS, Günther. "Derecho Penal (...)", Ob. cit., p. 638.

de culpabilidad, son cuestiones límite y, en consecuencia, constituyen fuentes de aguda controversia.

Sin embargo, no todo trastorno de la conciencia constituye una base biológica, sino solo la profunda, es decir, aquella de tanta intensidad que la estructura psíquica del afectado quede destruida.

Así, por ejemplo, **los estados pasionales intensos**, los cuales si bien presentan problemas específicos aún no esclarecidos, el Derecho Penal acepta la posibilidad de inimputabilidad.

Asimismo, se tiene a la **embriaguez**. Aquí lo que excluye la imputabilidad no es que el sujeto esté ebrio en el momento del hecho, sino que el alcohol condujo al agente a un estado grave de alteración de la conciencia, que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender. Pero a veces esta alteración de la conciencia puede ser provocada, dándose lugar a la imputabilidad por una *actio libera in causa*. Esta figura se presenta en el supuesto del sujeto que busca, contempla la posibilidad y acepta, de colocarse en un estado de inimputabilidad para así delinquir y luego invocar inimputabilidad. El fundamento de la punición del *actio libera in causa* radica en el abuso del derecho al ejercicio de libertad individual, ya que la conducta deliberada del sujeto ha generado el condicionamiento (situación de inimputabilidad por ebriedad).

Además, se tiene la situación del **abuso y la adicción**, la cual, se encuentra situado entre las personalidades psicopáticas, por una parte, y los desarrollos psíquicos anormales, por otra, y aún hay, finalmente, en ese terreno, un puente especial que conduce a las enfermedades psíquicas. La peculiaridad de la adicción frente a los demás estados condicionados psicopático reside en que a las reacciones y propensiones psíquicas anormales se añade un tóxico, que puede conducir por su parte a psicosis fundamentadas somáticamente y a alteraciones de la personalidad condicionadas orgánico - cerebralmente. En la medida que la adicción, como trastorno psico-somático no anule la imputabilidad, la exculpación por inexigibilidad depende de si el adicto se puede remitir, en cuanto a la génesis de su acción, a circunstancias de las que no es responsable.

c. Minoría de edad.- Los códigos penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad. La tendencia es tomar en cuenta los dieciocho años de edad.

En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *iuris et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. **Por este motivo es que no se le impone ninguna sanción prevista en el Código Penal, esto es: pena o medida de seguridad.**

La consideración de la minoría de edad como causa de inimputabilidad reside precisamente en la consideración de que las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por lo tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad.

ESQUEMA

Primer elemento de la culpabilidad:	Excluyentes:
Imputabilidad o capacidad penal	- Anomalía psíquica
	- Grave alteración de la conciencia
	- Minoría de edad

2. Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar.- El conocimiento de la antijuridicidad no es contenido del dolo, sino de la culpabilidad. Después de comprobar la imputabilidad del sujeto activo, debemos buscar las condiciones para emitir el juicio definitivo en torno a la culpabilidad del agente⁽⁹⁸⁾.

Al respecto, la doctrina precisa la presencia de cuatro situaciones distintas en cuanto al conocimiento del sujeto⁽⁹⁹⁾. Por un lado, el sujeto puede actuar con conocimiento pleno y actual de la antijuridicidad de su conducta. En estos casos, el sujeto actúa con plena culpabilidad, es decir, sin que se produzca ninguna clase de error.

(98) DAZA, Carlos. Ob. cit., p. 209.

(99) OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. La Ley, Madrid, 2007, p. 155.

Otra situación es la que Welzel denominó **conocimiento inactual pero actualizable del sujeto**: el sujeto sabe sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piense actualmente en ellas. Estos casos reconocidos por Welzel como conocimiento inactual son en su mayoría incluidos por la doctrina moderna dentro del concepto de co-consciencia. Esto es, para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso pensar expresamente en dicha antijuridicidad. Al contrario, basta un saber implícito, actualizable sin dificultad, para que exista auténtico conocimiento de la antijuridicidad. Desde este punto de vista, se trataría de una situación de co-consciencia, pero consciencia a fin de cuentas, puesto que en la mayoría de las situaciones a la consciencia de los actos, acompaña una valoración que los mismos merecen.

Ahora bien, basta el nivel anteriormente citado para que se configure el segundo elemento de la culpabilidad. Sin embargo, el mismo puede **ser excluido a través del error de prohibición**.

Al respecto, Luzón Peña⁽¹⁰⁰⁾ precisa que el error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición y, sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento y por lo tanto no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta.

Los conceptos de conocimiento potencial de la antijuridicidad y el error de prohibición son excluyentes entre sí. Es decir, el error de prohibición se dará cuando en el momento de su actuación al sujeto le falte el conocimiento de la antijuridicidad, bien por tener una representación positiva de la ilicitud de la conducta, bien por no tener ninguna representación.

EJEMPLO

Aquel musulmán que, a sabiendas, decida lapidar a su consorte por haberle sido infiel, incurriría en un error de prohibición cuando considera que en el país donde está radicando es lícita esta forma de comportamiento traducida en castigar la infidelidad; cuando, en realidad, el ordenamiento sociojurídico de aquel país no descansa en las bases religiosas del Islam, considerando ilícita toda conducta tendiente a cortar la vida de algún semejante.

(100) LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Universitas, Madrid, 1999, p. 462.

Como se puede apreciar, el error de prohibición descansa en el yerro, o ignorancia en torno a la ilicitud de determinada conducta, ya sea por razones religiosas, culturales o étnicas. Ello, permite diferenciarlo con el error de tipo, donde, en este último, la equivocación reside en uno de los elementos del tipo objetivo, por ejemplo, el llevarse el abrigo de alguien, pensando que es el de uno.

Ahora bien, el error de prohibición puede ser invencible o inevitable, cuando aún empleando la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto y tiene como efecto eliminar la culpabilidad. Es aquí cuando el error de prohibición se erige en una causa de inculpabilidad, pues resulta inexigible la comprensión de la antijuridicidad.

Finalmente, el error de prohibición puede ser vencible, o sea, cuando no hubiera existido el error si el sujeto hubiera empleado la debida diligencia; el juicio de culpabilidad sigue existiendo porque el autor tuvo la posibilidad de superar el error, aunque el castigo penal se vea atenuado o disminuido.

ESQUEMA

Segundo elemento de la culpabilidad: Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar.	Excluyente Error de prohibición, en su modalidad de invencible; dado que, si es vencible, solamente se atenuará la pena.
--	--

3. Exigibilidad.- Se vincula con la exigencia al sujeto de actuar de diferente forma a como se comportó, a fin de que su conducta coincida con las exigencias del ordenamiento jurídico y de esa manera no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos.

A través de este elemento se aprecia la eficacia de los fines preventivos de la pena, es decir, que ante una persona que presenta un déficit de respeto –o como diría Jakobs, de fidelidad al Derecho– se ve justificada la necesidad de aplicarle una sanción penal, con fines de prevención tanto general, como especial.

Sin embargo, en doctrina más se han analizado las causales que excluyen a tal elemento, las cuales son agrupadas dentro de las **causales de inexigibilidad**. El fundamento de estas es la deformación en el contenido de la voluntad

que experimentó el sujeto activo. No es un tema de comportamiento, porque el sujeto cuenta con voluntad de actuar.

En efecto, en todos los casos de no exigibilidad el sujeto quiere o, por lo menos, acepta ejecutar la conducta típica, a conciencia, incluso de su antijuridicidad, pero esta voluntad de realización se ha formado en él defectuosamente como consecuencia de la presión ejercida sobre sus motivaciones por las circunstancias concomitantes que, sin suprimirla de todo, han limitado, sin embargo, considerablemente su libertad.

Así, la doctrina reconoce dos escenarios de inexigibilidad, los cuales son:

a. Estado de necesidad exculpante.- Si recordamos nuestros comentarios a la antijuridicidad, la concurrencia del estado de necesidad justificante presupone que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar. La cuestión que inmediatamente surge es: ¿qué ocurre cuando, dándose el resto de las exigencias del estado de necesidad, el mal causado es igual, o incluso mayor, que el que se trata de evitar? ¿Qué ocurre con aquella persona que mata para salvar su vida?

No pudiéndose considerar tales acciones justificadas, y calificándolas, por lo tanto, como conductas típicas y antijurídicas, lo cierto es que en la realización de las mismas nos hallamos ante una situación de conflicto entre bienes jurídicos, y que por lo tanto no pueden recibir la misma respuesta penal que en los casos en los que tal conflicto no existe. Para dar respuesta a esta cuestión, la doctrina ha venido elaborando la exención de pena, en muy determinadas circunstancias, bajo la figura del estado de necesidad exculpante.

Para la mayoría de las doctrinas, el fundamento de la exención radica en que la pena no resulta necesaria en este grupo de casos, porque ante la situación de peligro de bienes jurídicos propios o de personas cercanas tan relevantes –vida, integridad física o libertad– la capacidad de motivación ante la norma se dificulta en gran manera; por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el Derecho.

Como requisitos para su aplicación, se predica que el peligro que amenace a los bienes jurídicos sea inmediato y grave, y que no sea evitable de otro modo, y que no haya sido provocada por el autor, o que este, dirigido hacia él el peligro, no tenga obligación especial de sacrificio.

b. Miedo insuperable.- Esta figura es una causa de inexigibilidad, donde el foco de la valoración no se proyecta sobre los efectos anímicos o psicológicos

que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se haya sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un ciudadano medio, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo.

ESQUEMA

Tercer elemento de la culpabilidad:	Excluyentes:
Exigibilidad	- Estado de necesidad exculpante - Miedo insuperable

5. Tentativa o consumación

Si bien es cierto, que con el juicio de culpabilidad damos por cerrado las notas constitutivas de un hecho punible; también es cierto que, tanto en el Derecho positivo como en doctrina y jurisprudencia, se manejan otras categorías normativas, que guardan relación con el ilícito penal; nos estamos refiriendo, por ejemplo, a los grados de realización o ejecución de un hecho punible.

ESQUEMA

- El proceso de ejecución del hecho punible consiste:
1. Actos preparatorios, generalmente impunes.
 2. Tentativa, la cual se materializa en forma dolosa y es susceptible de ser castigada, en la medida que presente una idoneidad para afectar el bien jurídico penalmente protegido y no se haya configurado el desistimiento o arrepentimiento.
 3. Consumación, esto es, la realización de todos los elementos típicos.
 4. Agotamiento, cuando el agente, después de consumir su conducta, obtiene una ganancia o rédito por la misma.
- La tentativa y la consumación son los estadios de lo punible, y, por excepción, algunos actos preparatorios.

Así tenemos, en primer lugar, a los actos preparatorios, los cuales son aquellos en que el autor elige los medios, con la finalidad de estar en condiciones de realizar la consumación.

En lo que respecta a la tentativa, esta consiste (siguiendo a Roxin), en una puesta en peligro cercana al tipo o infracción cercana al tipo de la norma; al respecto Roxin comenta lo siguiente: “El fundamento penal de la tentativa

radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo⁽¹⁰¹⁾; de la citada opinión, compartimos la presencia de fines preventivos en la tentativa (de esta manera se fundamentaría casos como tentativa inidónea, el desistimiento, entre otros); sin embargo, discrepamos con el autor, al basar también la tentativa en la “conmoción”, debido que, esta conmoción (teoría de la impresión: la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor) es de orden fáctico o psicológico-social, el cual varía según el tipo de sujetos (algunos se conmoverán por la tentativa del autor y otros no, incluso está sujeta al grado de conocimiento o ilustración de las personas ej. algunos creen en la superstición –se impresionan– y otros no, sin embargo, es impune la tentativa supersticiosa o irreal). Al respecto, Jakobs comenta lo siguiente: “La sede del problema de la tentativa no es la “conmoción” “psicológico-social” de “generalidad” alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo⁽¹⁰²⁾. En suma, la punición de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro dolosa cercana al tipo (inmediatez temporal)⁽¹⁰³⁾.

Ahora bien, se debe de recordar que la tentativa dolosa es la punible, y la misma se advierte cuando el sujeto activo, intencionalmente, empieza a realizar aquellas conductas mencionadas por el verbo rector del respectivo tipo penal y, tomándole en cuenta, su plan delictivo.

Por otro lado, el siguiente nivel es la consumación, esto es, cuando en el hecho se dan todas las características del tipo, tanto objetivas como subjetivas. La consumación está determinada, entonces, por el tipo penal, siendo el bien jurídico que pretende amparar un dato decisivo.

Asimismo, se distingue entre delito consumado y delito agotado; en el primero no es necesario que su realizador haya logrado los fines últimos que lo impulsaron a concretar el hecho; en cambio, en el segundo sí lo requiere. Cuando el ladrón se apodera de un bien, consume el delito de robo, pero no lo

(101) ROXIN, Claus. “Acerca del fundamento penal de la tentativa”. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Idemsa, Lima, 1997, p. 258.

(102) JAKOBS, Günther. “Tratado de derecho (...)”. Ob. cit., p. 863.

(103) Sobre la inmediatez temporal, esta es una resultante de la teoría Objetivo-Individual de Welzel, la cual consiste en que la tentativa comienza con aquella actividad, la misma que, para el autor según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

agota sino hasta cuando obtiene el lucro esperado, al reducir a dinero los efectos de delito, que fue precisamente lo que lo impulsó a delinquir.

El agotamiento aparece como algo que sucede con posterioridad a la consumación al producirse todas las consecuencias dañosas esperadas con el delito y a las cuales se orientaba la actividad del agente.

Ahora bien, en la mayoría de legislaciones la punibilidad ya se concreta con la consumación, no siendo necesario el agotamiento.

6. Autoría y participación

Hemos decidido analizar este apartado en un capítulo independiente al presente por la especial problemática que genera con los llamados delitos especiales, entre los cuales se encuentran los cometidos por funcionarios y servidores públicos en ejercicio de su cargo.

7. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

El presente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pasa obviamente por el examen del Código Penal vigente. Y este examen debe hacerse desde una doble perspectiva: Primero, evaluando el sistema de las circunstancias, analizando principalmente su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal. Y segundo, debe hacerse también comprobando en qué medida las concretas circunstancias modificativas hoy existentes tienen sentido, tanto en sí mismas consideradas, como también en relación con el conjunto del sistema.

Aunque el estudio de las circunstancias modificativas se justifica por su propio interés intrínseco, no debe olvidarse que las mismas desempeñan un papel nuclear en el sistema jurídico de determinación de la pena, lo cual otorga a este, precisamente, una especificidad notable en relación a los otros modelos positivos de nuestro entorno cultural. Quizás por ello convenga recordar aquí a Hassemer, quien decía que la determinación de la pena es desde hace tiempo un “muro de lamentaciones” de los penalistas. Y lo más lamentable –continúa señalando el citado autor– es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado, ni con mucho, un grado de precisión y transparencia similar al alcanzado por la dogmática de los presupuestos de la punibilidad. Es por ello por lo que la determinación de la pena sigue siendo todavía hoy dominio de la “justicia real”.

Ahora bien, las circunstancias modificativas son parte integrante del hecho, no obstante, la norma no le otorga igual valor que a los elementos principales o fundamentales del delito, es decir, a los que constituyen el presupuesto. Esto obedece a que la naturaleza de las citadas circunstancias es totalmente accidental ya que no incide en la sustancia de la infracción.

Así tenemos: **los agravantes y atenuantes.**

Los agravantes son aquellos hechos que, uniéndose a los elementos materiales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor.

Asimismo, la doctrina ha clasificado a los agravantes en objetivas y subjetivas. Así, son objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del daño producido por el ilícito o bien de la mayor facilidad de ejecución que supone una mayor desprotección del bien tutelado, independientemente de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. En cambio, se consideran subjetivas, aquellas que no están relacionadas directamente con el hecho cometido, sino que el autor se ve reprochado con mayor pena por situaciones relacionadas con su persona o con circunstancias de su vida anterior.

En esa inteligencia, se llama circunstancias agravantes objetivas a aquellas que se encuentran unidas a los elementos materiales de la infracción. Tal es el caso del robo cometido con pluralidad, nocturnidad o haciendo uso de armas.

Son subjetivas aquellas que se encuentran vinculadas a la culpabilidad del autor o que individualiza a quien comete la infracción (autor) o a quien le perjudica (víctima). Tal es el caso de la premeditación en el homicidio.

Por otro lado, encontramos también otra clasificación de los agravantes; es decir aquella que tipifica los agravantes especiales y generales. En ese sentido, son especiales aquellas que solamente recaen sobre determinados o algunos tipos penales, tal como la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge que determina el contenido material del parricidio. Por su parte, las agravantes generales son aquellas que recaen sobre cualquier tipo penal, como ocurre con la reincidencia.

Asimismo, una tercera clasificación hecha por la doctrina a las circunstancias agravantes es la que las divide en legales y judiciales. Las agravantes legales son aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la ley; por su parte, las agravantes judiciales son aquellas que son impuestas por el juez al momento de juzgar el hecho. Sin embargo, en sistemas donde rige el principio de legalidad, en forma exclusiva y excluyente, no se permite las agravantes judiciales.

Finalmente, tenemos las atenuantes, cuya función es la disminución de la pena, y al igual que los agravantes, son calificados como objetivas y subjetivas, especiales y genéricas, así como legales y judiciales. En ese sentido, se deberá tomar en cuenta estos elementos accidentales, ya sea como parte, a fin de favorecer su caso con temas referidos al monto de la pena, o bien como juez, al tener, llegado el momento, la tarea de individualizar el tipo y cuántum de la sanción penal.

IV. TEORÍA DE LA PRUEBA

1. Diferencias entre actos de investigación con los actos de prueba

Siempre ha reinado entre los operadores jurídicos, la confusión referida a que todas las diligencias que realizan tanto el Ministerio Público, al recibir una denuncia, y el Juez Penal, durante la instrucción, eran actos de pruebas; incluso, se generó, en la praxis judicial, el emplear términos, tales como: **de lo probado, de lo acreditado**. Sin embargo, en el nuevo proceso penal, sería una equivocación el equiparar las diligencias de investigación con los actos de prueba, y ello por la presencia de, por lo menos, cuatro diferencias, las cuales, son:

a. Por su objeto.- Los actos de investigación tienen como objetivo indagar la existencia de un hecho, calificado como delictuoso. En cambio, los actos de prueba tienen como finalidad acreditar pretensiones, manifestadas a través de proposiciones afirmativas.

b. Por el momento procesal en que se realizan.- Los actos de investigación, por ser preparativos, informativos –para la posible formulación de imputación y la probable presentación de una acusación–, se realizan con anterioridad al juzgamiento; por eso la necesidad que, previamente a la fase de juicio, exista una etapa de investigación. En cambio, los actos de prueba se realizan dentro del juicio oral; y ello, porque al llegar a la fase de juzgamiento, las partes presentan ante el tribunal el caso que van a demostrar como verosímil, valiéndose de la actividad que en el juicio realizan para cumplir, digámoslo, con lo prometido; por eso la importancia de los actos que se realizan dentro del juicio oral con los realizados anteriormente. Sin embargo, una excepción la encontramos en la denominada **prueba anticipada**, esto es, que ante la necesidad y urgencia en realizar una diligencia, la cual, sería irreproducible o de difícil reproducción en la fase de juzgamiento, su actuación se dará en la fase investigación, teniendo el valor de prueba; para ello, se debe realizar ante el Juez de la Investigación Preparatoria y en presencia de los demás sujetos procesales.

c. Por la aplicación del principio de contradicción.- Se entiende por principio de contradicción, la potestad que tienen la parte de realizar un examen crítico de lo aportado por su contraparte, a tal punto de restarle valor por falta de credibilidad, bien de la fuente de información o del contenido de la misma. En ese sentido, los actos de investigación, por el objetivo que persiguen y por el momento procesal en que se realizan, no están sujetos al principio de contradicción; máxime si la investigación, por naturaleza, es científica, objetiva y libre. En cambio, los actos de prueba si están sometidos al principio de contradicción, dado que, en el juicio oral, cada una de las partes tratará de demostrar que su caso es el verosímil y que el caso de su contraparte es falso o equivocado; incluso tendrán que contradecir la prueba que su contraparte presente.

d. Por los pronunciamientos que sustentan.- Los actos de investigación, por regla⁽¹⁰⁴⁾, sustentan los pronunciamientos del Fiscal; como por ejemplo: el decidir por formular imputación, emitir acusación o bien solicitar el sobreseimiento de la causa, depende de las diligencias de investigación que el Fiscal, como director, realizó. Por otro lado, los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del Juez de conocimiento (nos estamos refiriendo al Juez Unipersonal o Colegiado); en ese sentido, el condenar o absolver al imputado, dependerá de la valoración que el juzgador de a las pruebas aportadas durante el juicio oral.

ESQUEMA:

Actos de Investigación	Actos de prueba
<ul style="list-style-type: none"> - Los actos de investigación tienen como objetivo indagar la existencia de un hecho, calificado como delictuoso. - Los actos de investigación, por ser preparativos, se realizan con anterioridad al juzgamiento. - Los actos de investigación no están sujetos al principio de contradicción. - Los actos de investigación, por regla, sustentan los pronunciamientos del fiscal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Los actos de prueba tienen como finalidad acreditar pretensiones, a través de proposiciones afirmativas. - Los actos de prueba se realizan dentro del juicio oral. La excepción a esta regla está dada por la prueba anticipada. - Los actos de prueba sí están sometidos al principio de contradicción. - Los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del juez.

(104) Se indica que es por “regla”, porque también hay decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria que descansan en las diligencias de investigación, como por ejemplo: la procedencia de medidas cautelares, etc. Sin embargo, como se verá a lo largo del presente estudio, jamás los actos de investigación fundamentará la sentencia, dado que, ella responde a los actos de prueba desahogados en la audiencia del juicio oral o en la de prueba anticipada o la irreproductible.

En ese sentido, se puede afirmar que los actos de investigación, solamente producen datos o información, pero que no deciden el fondo del asunto, sino que sustentan determinados pronunciamientos que la ley señale; como por ejemplo la procedencia de medidas cautelares.

En cambio, los actos de prueba son aquellos que, al desahogarse en la audiencia del juicio oral –y por excepción en la prueba anticipada, así como, la prueba documentada– permiten resolver el fondo del asunto.

2. Lo obtenido por los actos de investigación se conocen como datos de prueba

En principio, tenemos que diferenciar los datos de prueba con la prueba en sí. En ese sentido, en sistemas no acusatorios se entendía que todo elemento con alcance demostrativo recogido desde los primeros actos de investigación sirven de sustento para la toma de decisiones durante la investigación y el proceso, incluyendo la propia sentencia que le pone fin.

Ello, debido al denominado **principio de permanencia**, el cual postula que todo lo obtenido, aún en la etapa de investigación, permanece en el proceso y podrá ser tomado en cuenta por el órgano jurisdiccional como prueba, aún para dar sustento a la sentencia. De esta forma, era natural observar que sentencias condenatorias descansaban en los elementos obtenidos durante las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Público, incluso ante la policía, de ahí, que además surgió un intenso debate en torno a la naturaleza jurídica del informe policial, arribándose a una conclusión, que el informe de la policía no es prueba sino un documento administrativo por el cual se le comunica a la autoridad ministerial la existencia de una noticia criminal y las averiguaciones que al respecto se han efectuado; claro está, que, y siguiendo con el citado principio, tales indagaciones se les dotaba de valor probatorio.

Sin embargo, las críticas contra el principio de permanencia giraban en torno, entre otros, a los siguientes puntos: a) su incompatibilidad con los principios de inmediación, contradicción y publicidad que rigen los actos de prueba; b) la predominancia de lo escrito, la cultura del “papel”, para la formación de convicción ante el juzgador; y, c) la despersonalización del proceso penal.

Frente a ello, en el sistema acusatorio y oral, ya no tiene cabida el principio de la permanencia, y por el contrario, el proceso de formación de convicción jurisdiccional descansa en el contacto directo y personal del juez con

las fuentes de prueba; obteniendo de forma directa la información a través del desahogo de los respectivos medios probatorios.

En ese sentido, la información probatoria debe cruzar vías de comunicación directa con el órgano jurisdiccional; y ello implica, tanto la información que preliminarmente y en audiencia oral y pública brinde la fuente de prueba, así como aquella nacida del debate o contradictorio planteado por las partes en la citada audiencia.

En ese escenario, es el juicio oral el marco que favorece tanto el desahogo o actuación de los medios de prueba como la valoración de la información por parte del juez o Tribunal del Juicio Oral; debido que descansa en los principios de inmediación, contradicción y publicidad, entre otros, favoreciendo la obtención de una calidad informativa que dote de contenido a la sentencia, y ya no lo realizado durante la etapa de investigación.

No obstante, la práctica ha revelado la existencia de riesgos ajenos a la voluntad de las fuentes de prueba, que originan la inasistencia, por ejemplo, de testigos y peritos al juicio oral. Frente a ello, y para evitar la pérdida de la información es que se ha establecido figuras de excepción, como es el caso de la prueba anticipada e irreproducible, las cuales son desahogadas en etapas o momentos anteriores al juicio oral, pero por estar revestida por una justificante legal, se le dota de mérito probatorio.

Otra excepción, la encontramos en la denominada prueba documentada, cuyo fundamento descansa en la importancia de la información obtenida en determinadas diligencias procesales anteriores al juzgamiento, que la ley, excepcionalmente, permite su incorporación a la audiencia de debate oral,

Sin embargo, preferimos abundar las citadas excepciones –prueba anticipada, irreproducible y documentada– en los apartados siguientes del presente capítulo.

Ahora bien, y retomando el hilo de nuestros comentarios, el abandono del principio de permanencia y la observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, ha originado que en el sistema acusatorio se diferencie: **por un lado, los datos de prueba, y por otro lado, la prueba**⁽¹⁰⁵⁾.

(105) En el sistema anterior, donde tales principios no se veían cristalizados, ya no se estaba juzgando gente, sino papeles, legajos, cadáveres. Como indica el profesor Henry Cruz, estamos juzgando seres humanos, pero para ello, debemos ser seres humanos, comprometidos con los principios y valores que

En ese sentido, son **datos de prueba aquel material probatorio aún no desahogados ante un juez, los cuales se adviertan pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes para la toma de decisiones durante la etapa de investigación –por excepción, la sentencia emitida en el marco del procedimiento abreviado o terminación anticipada del proceso–, en torno a la presencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado. Estos datos no se sirven para fundamentar la sentencia, dado que, la misma descansa en la actividad probatoria que se realice en la audiencia del juicio oral.**

Al respecto, vamos a examinar el citado concepto de dato de prueba:

(a) Es un material probatorio; es decir, los datos de prueba están conformados por un conjunto de información obtenido por una determinada fuente y que ha llegado a conocimiento de los sujetos procesales a través de un medio idóneo y sobre todo lícito.

Por ejemplo, las entrevistas de testigos presenciales de un accidente de tránsito ante el Ministerio Público, las cuales brindan como información que un determinado vehículo se pasó la luz roja del semáforo atropellando a un peatón.

Esta información será valorada tanto por la autoridad ministerial como por los demás sujetos procesales en torno a la probable imprudencia del conductor del citado vehículo. En donde, la fuente de información son aquellos testigos presenciales del accidente de tránsito y el medio que permite la aprehensión de la información son las entrevistas.

(b) Aún no desahogado ante el juez. Probablemente esta sea la principal nota diferenciadora entre los datos de prueba con la prueba propiamente dicha; en efecto, aquellos medios que contienen datos de prueba no son actuados o desahogados ante el órgano jurisdiccional - a diferencia de la prueba que si requiere actuación judicial.

En efecto, los datos de prueba constituyen aquella información aprehendida por el Ministerio Público, la Policía y la defensa, sin presencia de la autoridad judicial. Así, tenemos como ejemplo: el cateo o allanamiento, las entrevistas en sede policial o ministerial, la inspección y reconstrucción realizada

trae consigo el sistema acusatorio y oral. Cfr. Cruz Vega, Henry. *Los principios sustanciales del proceso penal con tendencia acusatoria en México*. Flores editor, México, 2010, p. 7.

ante el Ministerio Público, y, en suma, toda diligencia realizada por los citados sujetos procesales.

Ahora bien, no hay afectación a garantía procesal alguna, siempre y cuando, aquellas diligencias que afectan derechos constitucionales hayan sido ordenadas –o en su defecto, convalidadas, como ocurre en algunas legislaciones– por la competente autoridad judicial; asimismo, que a la hora de realizar las citadas diligencias, haya sido notificada, oportunamente, la defensa para que pueda concurrir y participar en la realización de las mismas, no pudiéndose llevar a cabo aquellas donde intervenga directamente el imputado y no esté presente su abogado defensor, todo ello bajo sanción de nulidad.

(c) Pertinente, idóneo y en su conjunto suficientes para la toma de decisiones durante la etapa de investigación. La naturaleza jurídica de los datos de prueba es el de constituir información obtenida durante las diligencias de investigación y que, por lógica consecuencia, son de utilidad para las decisiones que se adopten durante la etapa de investigación.

En efecto, se debe tener en cuenta que el proceso penal, en su faz objetiva, está constituido por una serie de actos procesales concatenados a una finalidad en concreta: la correcta gestión del conflicto de intereses surgido por la comisión de un delito. Ahora bien, para el logro de tal finalidad se cuenta con la audiencia del juicio oral, la cual constituye el momento central o importante del proceso punitivo, dado que, en la misma, se desarrollará la actividad probatoria y el órgano jurisdiccional dictará la sentencia respectiva.

Sin embargo, para arribar al juicio oral hay que adoptar una serie de decisiones y transitar por un conjunto de audiencias previas, todo ello, de ineludible enfrentamiento.

Por ejemplo, en el sistema de justicia penal mexicano se precisa que: (1) El Ministerio Público decida por la formulación de la imputación; (2) se celebre la audiencia de formulación de la imputación, donde, además, la autoridad ministerial solicite al denominado Juez de Control el dictado del auto de vinculación a proceso y que, en efecto, la autoridad judicial emita el citado auto constitucional; (3) se decrete el cierre de la etapa de investigación y el Ministerio Público, dentro del plazo legal, formule acusación; (4) se celebre la audiencia intermedia, donde se verifique el cumplimiento de las formalidades legales de la acusación, así como, se decida por la admisión de los medios de prueba; (5) se emitan los autos de apertura del juicio oral, así como, el de

radicación del juicio oral. Todo ello, para que recién se pueda celebrar la audiencia del juicio oral.

Ahora bien, en esa inteligencia, para que la autoridad ministerial decida formular imputación y luego obtener el auto de vinculación a proceso, necesita contar con los suficientes datos de prueba en torno a la existencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado.

Sin los citados datos no podrá obtener, tan siquiera, el auto de vinculación a proceso y ello, a la postre, originaría que el proceso penal no pueda continuar, ordenándose su sobreseimiento.

Por tal motivo, determinadas decisiones en la etapa de investigación condicionan la posibilidad de llegar hasta el juicio oral. Así, para la autoridad ministerial y en el contexto mexicano, requiere del auto de vinculación a proceso para que sus posibilidades de arribar al debate oral persistan. En cambio, la defensa logrará ganar su caso, por ejemplo, obteniendo auto de no vinculación a proceso, evitando llegar hasta el juicio oral.

Ahora bien, estos datos de prueban para que permitan fundar decisiones durante la etapa de investigación, necesitan ser:

- Pertinentes; es decir, que guarden relación con los enunciados fácticos.
- Idóneos; es decir, que sean susceptibles de generar o brindar información que permita afirmar que los enunciados fácticos presentan relevancia jurídica al encuadrar en un determinado tipo penal.
- Suficientes; es decir, que baste con ellos para generar convicción en las autoridades, en torno a la veracidad de los enunciados fácticos, permitiéndose hablar de la presencia de una conducta típica y la probable intervención en la misma del imputado.

(d) Por excepción, fundamentan el contenido de la sentencia emitida en el procedimiento abreviado. Como se indicó en el punto anterior, la eficacia de los datos de prueba gira en torno a la motivación de aquellas decisiones tomadas durante la etapa de investigación, dado que estos datos son obtenidos a través de las diligencias de investigación no actuadas ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, es en caso del procedimiento abreviado, donde el Juez de Control puede emitir sentencia sobre la base de la confesión del imputado

corroborada con los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación; en ese sentido, si bien no implica ingresar a la fase de juicio oral, ello no impide que en el citado procedimiento se realice la respectiva audiencia como preludeo al dictado de la sentencia; la justificante en aquella política criminal tendiente a la simplificación del proceso penal a través de la concesión de beneficios al confeso - recordando que la sola confesión no basta, debe estar corroborada con los datos de prueba respectivos.

(e) Deben referirse a un hecho delictuoso y a la probable intervención del imputado. Por hecho delictuoso entendemos aquel comportamiento penalmente relevante; es decir, encuadrable en un determinado tipo penal y que sea contrario a Derecho. En efecto, la toma de decisiones durante la etapa de investigación gira en torno a la presencia de una conducta típica y antijurídica; caso contrario, el proceso penal debería sobrellevarse si el comportamiento es atípico o, siendo típico está permitido por una causa de justificación.

En tal virtud, el tránsito de la investigación hasta el juicio oral está condicionado a la existencia de un injusto penal –conducta típica y antijurídica– aprehendido a través de los datos de prueba obtenidos durante la etapa de investigación.

Sin embargo, ello deberá ser verificado por el órgano jurisdiccional, ya en la audiencia de juicio oral, con presencia de las partes, quienes ejercerán su derecho a la contradicción. Igualmente, ya en el debate oral se podrá ingresar al juicio de responsabilidad o culpabilidad, el cual es ajeno a la etapa de investigación.

En efecto, antes del juicio oral no se puede emitir ningún juicio, así sea provisional o presunto, en torno a la culpabilidad del procesado; se requiere del debate oral, con las garantías que el mismo reviste, para ingresar al análisis de este juicio valorativo-personal.

Por otro lado, tenemos la probable intervención del imputado, entendida como el título de imputación que recae en el procesado. Es decir, es determinar si su situación jurídica es a título de autor o de partícipe, ya sea empleando las herramientas nomológicas del dominio del hecho o la infracción de un deber, que comentamos en el capítulo IV del presente estudio.

El ingresar a los temas de la autoría y participación no implica un adelantamiento del juicio de culpabilidad, dado que los mismos siguen siendo materia de estudio en sede de tipicidad.

Por lo tanto, el proceso penal podrá transitar de la investigación al juzgamiento, solo si, existen, en la primera, datos de prueba pertinentes, idóneos y suficientes, en torno a la existencia de un hecho delictuoso –conducta típica y antijurídica– así como la probable intervención del imputado - esto es, determinar si intervino a título de autor o de partícipe⁽¹⁰⁶⁾.

(f) Los datos de prueba no sirven en la audiencia del juicio oral. En efecto, al arribar a la audiencia del juicio oral, las partes, técnicamente, llegan de cero; dado que, el juez o Tribunal del Juicio Oral no podrán fundamentar su sentencia sobre la base de diligencias realizadas en la etapa de investigación, en la que no estuvieron presentes.

En ese sentido, las partes deberán entender que, por más que tengan una valiosa información, por el hecho de haber sido obtenida en la etapa de investigación sin presencia del juez de juicio o conocimiento, deberán traer, en presencia del citado juez, aquellos medios probatorios idóneos para que esa valiosa información sea aprehendida por el órgano jurisdiccional, en forma directa y personal, y de esta forma lograr que dicte una sentencia conforme a nuestros intereses o expectativas jurídicas.

Sin embargo, como ya se ha indicado, aparte de la sentencia que se dicte en el procedimiento abreviado, encontramos en la prueba anticipada e irreproducible, excepciones a lo anteriormente comentado.

RECUERDA

Son datos de prueba aquel material probatorio aún no desahogado ante un juez, los cuales se adviertan pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes para la toma de decisiones durante la etapa de investigación –por excepción, la sentencia emitida en el marco del procedimiento abreviado–, en torno a la presencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado. Estos datos no se sirven para fundamentar la sentencia, dado que, la misma descansa en la actividad probatoria que se realice en la audiencia del juicio oral.

3. Prueba propiamente dicha

La prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades.

(106) Situación no difícil de determinar en los tipos penales culposos, en donde, al no aplicarse el principio de la accesoriidad, entonces los intervinientes en el mismo tendrán el título de autores.

La prueba es la mejor forma de demostrar la verdad y la relación que existe entre ambas, es imprescindible pues en el ámbito procesal la verdad depende de la prueba.

Ya en 1834, Mittermaier afirmaba que en toda sentencia hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito, si lo ha sido por el acusado y que circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad, y si ello se resuelve afirmativamente, la segunda parte de la sentencia viene a ser corolario inmediato de la primera; el juez ya no tiene qué hacer sino aplicar la sanción penal al hecho averiguado. La sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación, tiene por base la prueba⁽¹⁰⁷⁾.

Como explica Cafferata Nores, el intelecto humano puede aprehender la realidad, y que por ser la verdad que se procura relativa a un hecho delictivo ocurrido en el pasado es posible probar su acaecer a través de las huellas que pudo haber dejado. Sobre estas bases, el orden jurídico impone no ya la verdad, sino la prueba de la verdad, como presupuesto de la imposición de una pena⁽¹⁰⁸⁾.

Considera Mixán Mass⁽¹⁰⁹⁾ que existen determinadas categorías del conocimiento de ineludible aplicación: a) la posibilidad, que es la existencia aún embrionaria de algo; cada objeto o fenómeno contiene múltiples posibilidades, pero en el proceso concreto solo se realiza una de ellas; es la tendencia latente de desarrollo latente del ser; se pueden distinguir la posibilidad abstracta; posibilidad en concreción inicial; b) la realidad, que es la etapa culminante en el desarrollo de la posibilidad inicial en realidad; la realidad es lo que ya existe en el presente; c) la probabilidad, conceptuada como un grado avanzado del conocimiento sobre un caso dado y como tal próximo a la verdad y es argumentable razonadamente (es demostrable mediante razonamiento concatenado y sin contradicciones); d) la certeza, que es el conocimiento claro y seguro de alguna cosa, y que tiene afinidad con el concepto de convicción, el cual es la firmeza, la seguridad, el convencimiento de haber descubierto en el caso dado la verdad o la falsedad o el error; y, e) la verdad, que no es sino la correspondencia del conocimiento con la realidad objetiva.

Maier estima los conceptos certeza, probabilidad y duda: a) la certeza es el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad

(107) MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 4.

(108) CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 59.

(109) MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Ediciones BLG, Trujillo, 1996, pp. 22-75.

cognoscitiva; quien conoce está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es, de conocer la verdad; b) la probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella; c) la duda representa una posición subjetiva del sujeto cognoscente, que se ubica en la antípoda de la certeza; él reconoce el fracaso absoluto de su intento por conocer la certeza; se encuentra en un estado de perplejidad total frente a ella, proveniente de su acción por conocer, que no le permite afirmar nada cierto o probable sobre el objeto a conocer⁽¹¹⁰⁾.

Por otro lado, en cuanto al concepto de prueba en el proceso penal, Vázquez Rossi señala que es el conocimiento que se hace presente en el proceso y se refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal, y se vincula con los diversos **sistemas procesales** y con las ideas de **verdad**, conocimiento y plausibilidad socialmente imperantes, siendo el destinatario de tales componentes el juzgador, que a la luz de las constancias decidirá por la certeza de las respectivas posiciones⁽¹¹¹⁾.

Como se puede apreciar, hemos resaltado dos figuras: sistemas procesales y verdad, dado que, consideramos que las mismas dan sentido, significado a la actividad probatoria. En efecto, en lo que respecta a los sistemas procesales, si se estuviese en uno de corte inquisitivo, el juez no necesita que las partes le soliciten determinado medio de prueba; puede ser necesario para comenzar la instrucción que el fiscal efectúe el requerimiento, pero una vez hecho el mismo el juez es el dueño de la investigación y dispone las medidas de prueba que él estime necesarias o útiles. En cambio, cuando prevalece el acusatorio, como es lo que propugna los textos adjetivos de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Durango y Estado de México, son las partes quienes, en principio, deben ofrecer las pruebas para que ella se produzca⁽¹¹²⁾. Y se dice en **principio** porque, y como se analizará más adelante, al no adoptarse un sistema acusatorio puro, cabe la posibilidad que, durante el juicio oral, el Tribunal desarrolle actividades probatorias.

(110) MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 564.

(111) VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal penal. La realización penal*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 280.

(112) CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Derecho procesal penal. El procedimiento en los códigos de la nación y provincia de Buenos Aires*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 127.

Por otro lado, es la noción de la prueba cuando se relaciona con los conceptos de verdad. Así, Cafferata nos comenta que el objeto del procedimiento penal es la averiguación de la verdad real o histórica⁽¹¹³⁾. En ese sentido, se habla de verdad real en contraposición al concepto de verdad formal, propia del proceso de derecho privado –donde el objeto del litigio es lo que las partes disputan y donde rige el principio dispositivo–⁽¹¹⁴⁾.

Esta definición se entrelaza con el significado etimológico de **prueba**, el cual proviene del adverbio **probe** que significa honradez, considerándose que obra con honradez quien prueba lo que pretende; otra acepción es la del término *probadum*, de recomendar, aprobar, dar fe; de allí que se afirme que *probatio est demonstrationis veritas*, es decir prueba es la demostración de la verdad⁽¹¹⁵⁾.

Para Bentham, la prueba es un medio lógico de uso común y general. Prueba es la demostración de la verdad de un hecho, de una afirmación y puede tener una acepción no jurídica y jurídica. En el primer caso, la prueba es una actividad cognoscitiva y práctica del ser humano interesado en conocer la verdad, falsedad o error sobre un determinado hecho; se utiliza para verificar determinados hechos que acontecen en nuestra realidad personal diaria. Para el segundo caso, la prueba va a significar toda una actividad preordenada por la ley con la finalidad de conocer con certeza la verdad de un hecho que se discute⁽¹¹⁶⁾.

(113) Rige el principio de instrucción, o sea, el principio con arreglo al cual el Tribunal debe investigar la verdad material y no conformarse con lo que el Ministerio Público y el imputado someten a su consideración, le exponen y le solicitan. Por consiguiente, el Juez Penal no se conforma con la llamada verdad formal y la ley no confía, respecto de una consecuencia jurídica tan importante y terminante como la pena, en el criterio de quienes participan en el proceso. Cfr. Baumann, Jürgen. Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 75.

(114) CAFFERATA NORES, José. "Proceso penal y verdad histórica". En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 49.

(115) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 15ª edición, Tomo VI, Buenos Aires, 1981, p. 497.

(116) Con relación al concepto de prueba por parte de Bentham, Devis Echandía lo ubica dentro del primero de los seis grandes conceptos en torno a esta figura. Así estos seis tipos de conceptos son:

1. La prueba es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho.
2. La prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, los objetos y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de terceros, la confesión, etc.
3. La prueba es la convicción que con ella se produce en la mente del juez, sobre la realización o verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa.
4. La prueba es el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen.
5. La prueba es la cosa, hecho o acto que se quiere acreditar.
6. La prueba es la actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba.

Sin embargo, el jurista argentino Vivas sostiene que la Constitución solo requiere de la verdad en términos de verificación de la imputación, para destruir el estado jurídico de inocencia y no la verdad real en el sentido inquisitivo⁽¹¹⁷⁾. Igualmente, Bovino precisa que la verdad que debe probarse en un procedimiento de derecho privado no se diferencia de la que debe probarse en un procedimiento penal, exceptuando el estándar probatorio y la carga de la prueba. Así como las partes, en el procedimiento de derecho privado, traban la *litis* y determinan el objeto de discusión probatoria, en el procedimiento penal será la acusación el acto que cumpla idéntica función⁽¹¹⁸⁾.

En tal sentido, para Vélez Mariconde, la prueba es todo elemento (o dato objetivo) que se introduce legalmente en el proceso y es susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.

Frente a lo señalado, somos de la opinión **que la verdad buscada a través de la prueba es aquella destinada a verificar la acusación durante el juicio**, y como indica Maier, no como principio que guía la investigación y el procedimiento en busca de una eventual verdad material o histórica⁽¹¹⁹⁾. En efecto, en un momento inicial del proceso solo pueden hablarse de afirmaciones que sostiene una parte, que por sí solas resultan insuficientes para llegar a sustentar la sentencia, requiriéndose, por lo tanto, la actividad de verificación en el proceso, es decir, de elementos que fuera de la simple aseveración de las partes, proporcionen el mismo resultado, de modo que los hechos, en el balance final de la actividad procesal, se presenten como ciertos (o al menos, con suficiente grado de certeza que despeje toda duda razonable), para alcanzar una verdad, no absoluta, real o histórica, sino relativa, dentro del contexto dialéctico del proceso, con sus propios y exclusivos medios⁽¹²⁰⁾.

Por lo tanto, la prueba es el resultado o conocimiento adquirido a través de actividades de verificación procesales, la cual, en un sistema con tendencia al acusatorio, tendría como principales actores a las partes, y su objeto será, a través de un contexto dialéctico, verificar la acusación durante el juicio oral.

Para mayores detalles, véase: Devis Echandia, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pp. 12-19.

(117) VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 238.

(118) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 61.

(119) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Tomo I, 2ª edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 854.

(120) MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 371.

CAPÍTULO II

LA DECISIÓN DE LA FISCALÍA EN LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA

Primera opción: No iniciar investigación

I. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

1. Concepto

Establecida nuestra teoría del caso, en el presente capítulo y en los sucesivos, la vamos a aplicar como baremo para el estudio de las decisiones que toma el fiscal cuando califica la denuncia que se le ha hecho llegar. Sin embargo, para tener un panorama completo y metódico es menester empezar por examinar la etapa de investigación y cuál es el papel que juega la denuncia y su posterior calificación.

La etapa de investigación es la primera fase del proceso penal y consiste en indagar en torno a la existencia de un hecho denunciado como delito, los datos de identidad de los involucrados, de la víctima u ofendido, así como, recolectar aquellos indicios que coadyuven al esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

Al respecto, el numeral 1) del artículo 321 del CPP manifiesta que: “La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”.

Asimismo, debemos de recordar que los sujetos sometidos a una investigación penal están revestidos de una estricta observancia de los derechos y garantías procesales, como por ejemplo, la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la defensa, entre otros; por lo que, las hipótesis de caso que se vayan construyendo a lo largo de la investigación y las actividades que por las mismas se desplieguen, deberán respetar los citados derechos y garantías procesales.

Ahora bien, se indicó que al investigarse la probable comisión de un delito, tanto las autoridades de investigación (Ministerio Público y Policía), así como la defensa, podrán elaborar su propia hipótesis o teoría del caso, y de las evidencias que vayan recolectando decidirán si mantienen la misma o la someten a una corrección o modificación.

En ese sentido, no se investiga sin tener una idea en torno a una probable explicación de los hechos; así en el caso de un homicidio, el Ministerio Público podrá dirigir las investigaciones en torno a la hipótesis de un homicidio doloso; y, en su caso, la defensa podrá participar en la investigación postulando en que se está ante un caso de homicidio en legítima defensa.

Cuando concluya la etapa de investigación, ambas partes decidirán si mantienen su hipótesis de caso o si la modifican, en aras de postularla ante el órgano jurisdiccional y demostrar su veracidad en la audiencia del juicio oral.

RECUERDA

En la etapa de investigación se indaga la existencia del hecho denunciado, las identidades del involucrado, la víctima u ofendido, la presencia de indicios, así como los intervinientes dirigen sus actos de investigación en torno a la hipótesis o teoría del caso que han formulado.

Ahora bien, la etapa de investigación se inicia con la interposición de una denuncia o bien cuando la autoridad, de oficio, ha tomado conocimiento de un hecho de probable contenido delictivo.

Posteriormente, se realiza una serie de actos de investigación iniciales, dirigidos por el Ministerio Público, que permitan a la citada autoridad, tomar una decisión en torno a la situación jurídica del indiciado, esto es, si decide formalizar o no la investigación y someterse al plazo legal de cierre de la misma, para luego presentar acusación.

2. Finalidades

En un proceso penal encaminado a la solución del conflicto de intereses sobre la base del esclarecimiento de los hechos y el respeto a los derechos humanos, es lógico que se inicie con determinar cuáles son los hechos a esclarecer y cómo serán esclarecidos, esto es, la materia y los instrumentos de la investigación.

En ese sentido, la etapa de investigación se funcionaliza en torno a reunir aquellos datos de prueba que permitan conocer: 1) la existencia del hecho materia de la noticia criminal, 2) su naturaleza de delictuoso, 3) la identificación del o de los intervinientes en el mismo, 4) la identificación de la víctima u ofendido y 5) la ubicación de los elementos de descargo que coadyuve a la hipótesis de caso de la defensa.

En ese sentido, la primera finalidad de la etapa de investigación es determinar la existencia del hecho que ha sido materia de la noticia criminal. En efecto, esta etapa procesal se inicia con la interposición de la respectiva denuncia ante el Ministerio Público⁽¹²¹⁾, o bien cuando una persona ha sido detenida bajo la figura de la flagrancia delictiva. Ahora, en cualquiera de las situaciones anteriormente mencionadas el Fiscal toma conocimiento de la realización de uno o más hechos, probablemente, con características de delictuosos.

En esa inteligencia, la primera tarea a realizar por el órgano investigador es indagar si el hecho o hechos comunicados se han realizado, debiéndolos de ubicar en tiempo, lugar y modo. Es decir, no se puede ejercer acción penal sobre la base de hechos inexistentes, irreales, ficticios; por lo que, el Ministerio Público requiere de un soporte fáctico que fundamente sus decisiones.

Por otro lado, y es la segunda finalidad de la etapa de investigación, el Ministerio Público deberá examinar, utilizando para ello la teoría del delito, si el hecho, cuya existencia ya se estableció, presenta o no las características de un ilícito penal y no se ha actualizado ningún excluyente del delito o de la punibilidad.

En ese sentido, y a diferencia de la primera finalidad, nos encontramos a juicios de valor normativos que debe de efectuar el agente del Ministerio Público (solamente él y no alguno de sus colaboradores anteriormente

(121) Si fue interpuesta ante una autoridad diferente, la misma deberá redirigirla al Ministerio Público o comunicar al denunciante que acuda a las oficinas de la mencionada autoridad ministerial para que comunique la comisión de un hecho delictivo.

mencionados); debiendo manejar figuras tales como: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además de los juicios de imputación objetiva, subjetiva y personal, asimismo instituciones conexas como la autoría y participación, así como la tentativa y consumación.

Por otro lado, también en la etapa de investigación se despliega diligencias de identificación tanto de los intervinientes en un hecho delictuoso, así como de la probable víctima u ofendida; por ejemplo, realizando entrevistas a los testigos presenciales del hecho, o bien a aquellos que puedan identificar a la persona de la víctima; consultando la base de datos de Reniec, etc.

Asimismo, también la etapa de investigación sirve para los fines de la defensa; es decir, es el marco por el cual, el abogado defensor se va a enterar de los cargos que se le imputan a su cliente (la hipótesis de caso del Ministerio Público), los motivos de su detención, los hechos que forman parte de la noticia criminal, etc.; asimismo, la defensa podrá aprovechar esta fase procesal para conocer de los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación, la cual está bajo la custodia del Ministerio Público, así como recolectar los suyo y que sirvan como elementos de descargo a ser considerados por las autoridades; esto último, además, permite afirmar que en la etapa de investigación, la defensa puede ir construyendo su hipótesis o teoría del caso y comunicarlo, junto con los datos de prueba que la sustentan, con la finalidad que no continúe el proceso penal o bien, si el mismo sigue su curso el poder acogerse a alguna salida alterna o procedimiento especial que beneficie la situación jurídica del imputado.

En efecto, la etapa de investigación es una fase de vital importancia para la defensa, quien debe de conocer el delito que se le atribuye al indiciado y los datos de prueba que se han obtenido a raíz de la realización de las diligencias de investigación. Para ello, deberá acudir al Ministerio Público y requerir la carpeta de investigación e incluso copia de su contenido para que, en tiempo oportuno, la defensa pueda preparar sus argumentos de descargo.

Igualmente, la defensa tiene el derecho, en la etapa de investigación, de solicitar al Ministerio Público la realización de diligencias de investigación que al derecho del primero convenga; asimismo, el de recolectar sus datos de prueba y ofrecerlos a la autoridad ministerial para que los anexe a la carpeta de investigación y los valore conforme a ley; todo ello, en aras de mejorar la situación jurídica del imputado.

Finalmente, no queremos dejar a un lado a la víctima u ofendido de un delito, la cual tiene el derecho a recibir asesoría jurídica y a que se le reciban sus datos de prueba y que se desahoguen las diligencias correspondientes tanto en la etapa de investigación como en el proceso; por lo que, no es un sujeto pasivo durante las investigaciones, sino que es una pieza clave para el esclarecimiento de los hechos, al ser tanto fuente de información, como también al poder colaborar con el Ministerio Público para la ubicación y localización de otras fuentes, que sirvan para fortalecer la hipótesis de caso de la Fiscalía.

3. Características de la etapa de investigación

La etapa de investigación, para que sea eficaz, debe cumplir con las siguientes características:

- **Presenta una finalidad u objetivo.-** La finalidad de la investigación es la de establecer, por parte del Ministerio Público, si la conducta inculpada es probablemente delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.
- **Presenta un director o responsable de su realización.-** La dirección de la investigación debe estar a cargo del Ministerio Público.
- **Debe observar un plazo procesal.-** Dentro de la garantía a un debido proceso, recogida, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, ninguna persona puede ser sujeta a una investigación penal indeterminada; admitir esta posibilidad, conllevaría que el investigado presente una incertidumbre con relación a su situación jurídica, si va a ser o no objeto de una acusación penal.
- **El agente del Ministerio Público debe contar con una estrategia.-** La dinámica del proceso penal exige el pasar por cada una de las etapas procesales con una estrategia, diseño o planteamiento metodológico. En el caso de la investigación penal, es responsabilidad del Ministerio Público el diseñar una estrategia o estructura de indagación o investigación, que según los parámetros que dan las normas legales, este diseño sería:
 - (a) Realización de diligencias o actos de investigación, usualmente encomendadas a la Policía.

- (b) La aplicación de medidas cautelares o de coerción que aseguren la eficacia de la investigación, aún desde sus inicios.
 - (c) La aplicación de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que permitan la obtención de la información básica e inicial sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.
- **Es reservada.-** La investigación tiene carácter reservado. Solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados, quienes, en cualquier momento, pueden obtener copia simple de las actuaciones (en ejercicio del derecho de defensa, así como, del principio de igualdad de armas o igualdad procesal).
 - **La defensa debe contar con una estrategia durante la investigación.-** En principio, desde el momento que el abogado defensor toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen al imputado o indiciado, y decide aceptar el caso, tiene la obligación moral de ir desarrollando una estrategia que ayude a su cliente, aun si está en fase de investigación inicial o preliminar. Sería una mala decisión dejar todo en manos del Ministerio Público, esperando que el mismo realice una investigación defectuosa o irregular, para echar mano de ello y ganar puntos ante el juzgador; y ello, porque no siempre va a ocurrir, o solamente ocurre con una inusitada frecuencia en las películas de Hollywood, pero no necesariamente en la vida real. Ahora bien, su estrategia de investigación, y ello comparte con el Ministerio Público, es la de ir elaborando su teoría del caso.
 - **La defensa puede participar en las diligencias de investigación.-** En ejercicio del derecho a la defensa, el abogado defensor puede participar en todas las diligencias de investigación; incluso, puede aportar sus propias investigaciones (por ejemplo, sus pericias de parte, algún documento que aclare las investigaciones, etc.). Además, se le debe facultar en solicitar al agente del Ministerio Público todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; en ese sentido, el agente del Ministerio Público ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.
 - **La etapa de investigación presenta dos momentos.-** En efecto, en aras de tornar más dinámica y eficiente la investigación penal, es usual que, en la reforma latinoamericana, la investigación presente, en

primer un lugar una serie de diligencias de indagación iniciales o preliminares, que se les conoce como **fase inicial de la investigación**, la cual consiste en la preparación del ejercicio público de la acción penal que realiza el Ministerio Público con la colaboración de la Policía. En ese sentido, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de considerar que está ante una causa probable de delito, por lo que deberá comunicar al órgano jurisdiccional, o bien, aplicar algún criterio de oportunidad. Como es el primer contacto del agente del Ministerio Público con los hechos, presuntamente, delictuosos, durante la fase inicial deberá practicar las diligencias de investigación más urgentes e indispensables que permita descartar la idea de un evento fortuito, de fuerza mayor o irrelevante para la justicia penal. Asimismo, como no es necesario que el Ministerio Público realice todos los actos de investigación para lograr el cometido señalado líneas arriba, el plazo procesal que en la legislación comparada se le atribuye a la fase inicial es muy corto o breve (sumarísimo).

Por otro lado, el agente del Ministerio Público no debe darse por satisfecho de haber eliminado todo rastro de presencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor; con ello, aún no tiene la base para sostener una acusación penal. Frente a ello, una vez culminada la fase inicial, si cree conveniente complementar los actos de investigación realizados con otras diligencias, entonces debe optar por pasar a la segunda subfase de la etapa de investigación penal, la cual, en las legislaciones latinoamericanas, se la denomina: **investigación preparatoria propiamente dicha**; esta, persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Ministerio Público decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es probablemente delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

No obstante, se debe tener en cuenta que la investigación preparatoria propiamente dicha descansa en dos ideas: a) que solo se pasa a la misma por decisión del agente del Ministerio Público, cuando, ante un caso probable de delito, decide complementar sus diligencias de investigación iniciales; y, b) las diligencias no deben ser las mismas que realizó durante la fase inicial, porque ello no se condice con el carácter de complementario que se impregna a esta segunda subfase de

investigación; si el Ministerio Público decide repetir una diligencia será cuando pretenda obtener una nueva información, o bien, a pedido de la defensa, fuera de ello, no tendría justificación alguna.

- **En la etapa de investigación, el juez solo cumple funciones de control o garante.**- Lamentablemente, en América Latina, se ha tenido la triste experiencia de haberse utilizado al proceso penal como un instrumento, por parte del Estado, para la violación a los derechos humanos (en concreto, del indiciado). Para ello, se requiere de un funcionario que, dentro del mismo proceso penal, garantice el respeto a los derechos humanos, aun desde la etapa inicial del mismo, como es la investigación. Al respecto, se ha considerado que este garante debe ser uno distinto al director de la investigación, a fin de que este último no se convierta en juez y en parte al mismo tiempo. Por ende, como el Ministerio Público es el director de la investigación penal, será entonces el Poder Judicial (a través de los jueces estatales o federales) el responsable de velar por el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en una investigación; asimismo, en los jueces deberán recaer las siguientes facultades: a) autorizar cualquier medida procesal que afecte el ejercicio de derechos constitucionales; b) autorizar la constitución de partes en el proceso penal; c) exigir el cumplimiento de los plazos procesales; y, d) demás que señale la ley, dentro de la idea de control y garante de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal. En América Latina, el juez que ejerce estas funciones se le conoce como juez de investigación preparatoria o juez de control o de garantía, lo que es diferente al juez o jueces encargados del juzgamiento de una persona.

II. LA DENUNCIA COMO MODO DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Concepto

El artículo 326 del CPP indica que: “1. Cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público.

2. No obstante, lo expuesto deberán formular denuncia:

- a) Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que

conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.

- b) Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible”.

Al respecto, la denuncia es aquella declaración de conocimiento acerca de la noticia de hechos que podrían ser constitutivo de un ilícito penal perseguible de oficio que se hace ante el Ministerio Público o ante la autoridad policial.

La doctrina señala las siguientes características de la denuncia:⁽¹²²⁾

- Constituye un acto de conocimiento realizado en cumplimiento de una obligación, cuando se trata de testigo directo del delito y con independencia del deber de auxilio, se encuentra obligado a formular la denuncia penal. Lo mismo se puede afirmar si el denunciante se encuentra obligado en razón de su función o cargo.
- No resulta de obligación si se trata de un testigo indirecto, es decir, de un testigo que tome conocimiento de un delito por medio de otro o de una referencia, pues el denunciante actúa bajo el supuesto de un deber cívico.
- No revista mayores formalidades que la identificación del denunciante, la narración de los hechos y datos que permitan identificar al denunciado.
- Puede presentarse en forma escrita o verbal, levantándose, en este último caso, el acta respectiva.
- Se presenta ante el Ministerio Público o la Policía. Si en el lugar donde se realizó el hecho delictuoso no hubiere policía o Ministerio Público, la denuncia podrá formularse ante cualquier autoridad pública, la que la recibirá y comunicará sin demora al Ministerio Público más próximo, el que podrá ordenarle la realización de diligencias que estime convenientes y necesarias, lo que se hará constar en el registro de la investigación.

(122) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Editorial Cóllex, Madrid, 1997, p. 280. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 406.

2. Contenido

La denuncia puede presentarse por cualquier medio idóneo (escrito, verbal, electrónico, etc.). Asimismo, la denuncia debe sustentarse debidamente (con la documentación necesaria) a efectos de facilitar y orientar la investigación. Sin embargo, no resulta imprescindible un conocimiento puntual de las normas penales que se han infringido, pues suele suceder que el denunciante se equivoque en la cita de la ley penal, lo que no invalida la denuncia ya que el Ministerio Público tiene la obligación de realizar una calificación jurídica de los hechos que se ponen a su conocimiento.

De esta forma, en el contenido básico de la denuncia se debe observar:

- (a) Los datos de identificación del denunciante, salvo que ponga en peligro su vida, seguridad o la de sus familiares.
- (b) El nombre completo del denunciado, si es posible con el sobrenombre o “alias” por el que es conocido; si es necesario se debe proporcionar sus características físicas, tamaño, contextura, cabello, color de piel, tatuaje, cicatrices o cualquier defecto. Si se conoce su domicilio o dirección de trabajo o el lugar que frecuenta, deberá consignarse en la denuncia.

Ciertamente no se requiere identificación puntual de la persona imputada al iniciarse la investigación, pues, precisamente, uno de sus objetivos es averiguar la identidad del imputado a efectos de formularsele, en su contra, imputación.

- (c) La exposición de los hechos ocurridos, que debe desarrollarse de manera cronológica si es posible, la intervención de la persona denunciada, los medios utilizados, precisando las fechas y daños o perjuicios causados, la presencia de testigos, si los hubiere, el comportamiento del denunciado con posterioridad a los hechos, etc. Es recomendable que esta exposición de los hechos sea concreta y puntual.
- (d) Los fundamentos de derecho o el delito que se denuncia de manera específica, aun cuando, reiterando lo expuesto líneas arriba, no es de exigirse una calificación técnico-jurídica.
- (e) La denuncia debe ir acompañada de los recaudos que la sustenten cuando se contare con ellos; puede ser documental, quizás el contrato que se dice falsificado, la constatación policial de los daños o la

usurpación. Si la denuncia es por delito de lesiones y se manifiesta visiblemente, debe disponerse inmediato el reconocimiento médico-legal del agraviado.

Las posibilidades de sustentar la denuncia con elementos materiales de juicio varían en atención a la naturaleza de la infracción y no siempre son necesarias, pues tratándose de delitos perseguibles de oficio, corresponde a las autoridades encargadas de la persecución penal las indagaciones del caso.

3. Constancia de que se recibió la denuncia

Una de las principales quejas de los usuarios del sistema de justicia penal es que, cuando van a dejar su denuncia en forma verbal, y peor sin compañía de abogado, no reciben la atención adecuada, no aplicándose el numeral 2) del artículo 328 del CPP.

En efecto, cuando la denuncia sea verbal se formulará acta en presencia del denunciante, quien la firmará junto con el servidor público que la reciba. En cambio, si la denuncia se hace por escrito, el mismo será firmado por quien la formule. En ambos casos, si no pudiere firmar, estampará su huella digital.

Ahora bien, el acta en la denuncia verbal y el acuse de recibo en la denuncia por escrito, constituyen constancias en las que el Ministerio Público ha recibido una noticia criminal y que la tramitará conforme a ley, no implicando un deber de formalizar la investigación preparatoria, sino el de esclarecer los hechos y de esta forma tomar la decisión más adecuada.

Sin embargo, el hecho de que el denunciante cuente con una constancia le garantiza que la fiscalía ha tomado conocimiento de la denuncia, pudiéndole exigir el informe en torno al estado de su trámite, lo cual guarda relación con el derecho al acceso a la justicia.

Por otro lado, a tenor del artículo 328 del CPP no se exige mayor requisito para la expedición de la constancia que la denuncia presente la identidad del denunciante, una narración de hechos y, si es posible, la identidad del presunto responsable, así como la firma o huella digital del denunciante.

Ello es importante porque **debemos diferenciar los requisitos antes señalados para la expedición del acta con la calificación jurídica que pronuncie el fiscal;** esto es, aun si para la fiscalía los hechos denunciados no constituyen delito, ello no impide que le levante el acta o le dé el acuse de recibo al denunciante, dado que constituyen la constancia de este último y el

documento por excelencia para reclamar al fiscal o a su superior jerárquico en torno a la demora o la negativa para el trámite de la denuncia.

En suma, existe una obligación por parte de la fiscalía de dejar constancia de toda denuncia puesta a su conocimiento, con independencia de la calificación que otorgue a las mismas. De lo contrario, se dejaría en estado de indefensión al denunciante al carecer de algún acta o acuse de recibo con lo cual pueda reclamar en torno al estado de su denuncia.

RECUERDA

Toda denuncia verbal requiere que se levante la respectiva acta; de igual forma, si la denuncia es escrita se debe elaborar el acuse de recibido; todo ello, con independencia de la calificación jurídica que el fiscal otorgue a los hechos.

III. LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA

De acuerdo con el artículo 329 del CPP, el Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Asimismo, la inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.

Al respecto, y como se indicó en el apartado anterior, la toma de conocimiento de la noticia criminal vía interposición de denuncia (verbal, escrito o electrónico) conlleva que se levante la respectiva acta o se genere constancia.

Pero ello es con independencia a la atribución del Ministerio Público de calificar el contenido de la denuncia y tome la decisión de iniciar investigación (pensando en una probable formalización de la misma o bien se abstenga de aperturar carpeta de investigación).

Esta atribución no está dada a la Policía sino al Fiscal, como director de la investigación y el titular del ejercicio de la acción penal: “El Informe Policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades” (art. 332.2 del CPP).

Todo ello implica definir la calificación de la denuncia como el juicio de relevancia jurídica que realiza el fiscal en torno a los hechos que ha tomado conocimiento; es decir, establecer la razonabilidad de iniciar investigación

solo si detrás de los hechos denunciados está la probabilidad que se actualice el núcleo rector de un determinado tipo penal.

Cuestión distinta es la identificación del probable interviniente en tales hechos, debido a que el numeral 1) del artículo 328 del CPP no exige al denunciante tal individualización, siendo desproporcional que el fiscal rechace la denuncia por falta de identificación. Además, durante las pesquisas se podrá identificar al probable autor o partícipe de los hechos denunciados.

Con ello no se quiere decir que si el denunciante puede proporcionar los datos de identificación del probable interviniente no lo haga; al contrario, toda información que el denunciante pueda dar ayudará a las pesquisas; lo que se pretende afirmar es que la individualización no es conditio sine qua non para admitir la denuncia y que genere investigación.

RECUERDA

La calificación de la denuncia debe ser entendida como el primer examen o juicio que realiza el fiscal en torno a los hechos materia de la noticia criminal, que conllevaría decidir si inicia o no investigación, con independencia que en la denuncia se haya o no identificado al probable interviniente de los hechos.

Ahora bien, al señalar el primer examen de relevancia jurídica que realiza el fiscal es en el entendido de establecer si la denuncia amerita iniciar investigación, o si bien, por su falta de contenido penal implique no iniciar carpeta de investigación, sin perjuicio que al denunciante se le deje a salvo su derecho o se le canalice a alguna otra institución. A este examen le denominamos **calificación inicial de la denuncia**, la cual es objeto de estudio en este capítulo y en el siguiente.

Por otro lado, si el fiscal decide iniciar investigación por los hechos denunciados, a lo largo de la misma tendrá que realizar juicios de examen o de relevancia jurídico-penal, pero ya no en torno a la apertura de carpeta, sino de los resultados de las indagaciones iniciales que ordenó o practicó; asimismo, la decisión que tome descansa en si formaliza la investigación preparatoria, requiere del proceso inmediato, reserva provisionalmente la investigación, ordena el archivo de las actuaciones o bien aplica el principio de oportunidad. A este segundo examen lo denominamos **calificación de la denuncia a razón de la investigación preliminar o inicial**.

Y si formaliza la investigación preparatoria, el fiscal tendrá que tomar otra decisión, de nuevo, sobre la base de juicios de relevancia, pero esta vez en torno a si formula acusación, solicita el sobreseimiento o bien recurre a la vía de la terminación anticipada del proceso u otra respuesta jurídica que oferte el sistema; todo ello, tomando como referencia las actuaciones de investigación iniciales y complementarias. A este tercer examen lo denominamos **calificación global de la investigación**.

Luego entonces, identificamos, por lo menos, tres grupos de decisiones de la fiscalía que puede tomar durante la etapa de investigación preparatoria:

1. La calificación inicial de la denuncia.- Es el examen que el fiscal realiza en torno a los hechos denunciados, a fin de establecer si es o no razonable iniciar investigación. Este primer examen lo encontramos en el numeral 1) del artículo 334 CPP, en el extremo que señala: “El fiscal al calificar la denuncia (...)” Lo lamentable en la legislación es que no ha desarrollado las consecuencias jurídicas de este examen, esto es, lo que en doctrina se conoce como la **facultad de abstenerse de investigar**; sin embargo, en el presente capítulo comentaremos esta figura y en el siguiente estudiaremos la decisión opuesta, esto es, cuando el fiscal decide iniciar la investigación.

2. La calificación de la denuncia a razón de la investigación preliminar o inicial.- Es el segundo examen que realiza el fiscal, el cual tiene como presupuesto el haber decidido abrir investigación. En tal virtud, el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria. Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente (art. 330 del CPP).

En este segundo examen, el fiscal tiene un mayor plexo de opciones que lo vamos a agrupar de la siguiente forma:

- (a) Positivas; así tenemos la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336 del CPP) y el requerimiento para inicio del proceso inmediato (art. 447 del CPP).

- (b) Negativas; así tenemos el archivo de la investigación (art. 334.1 del CPP), la reserva provisional de la investigación (art. 334.4 del CPP) y la aplicación del principio de oportunidad (art. 2 del CPP).

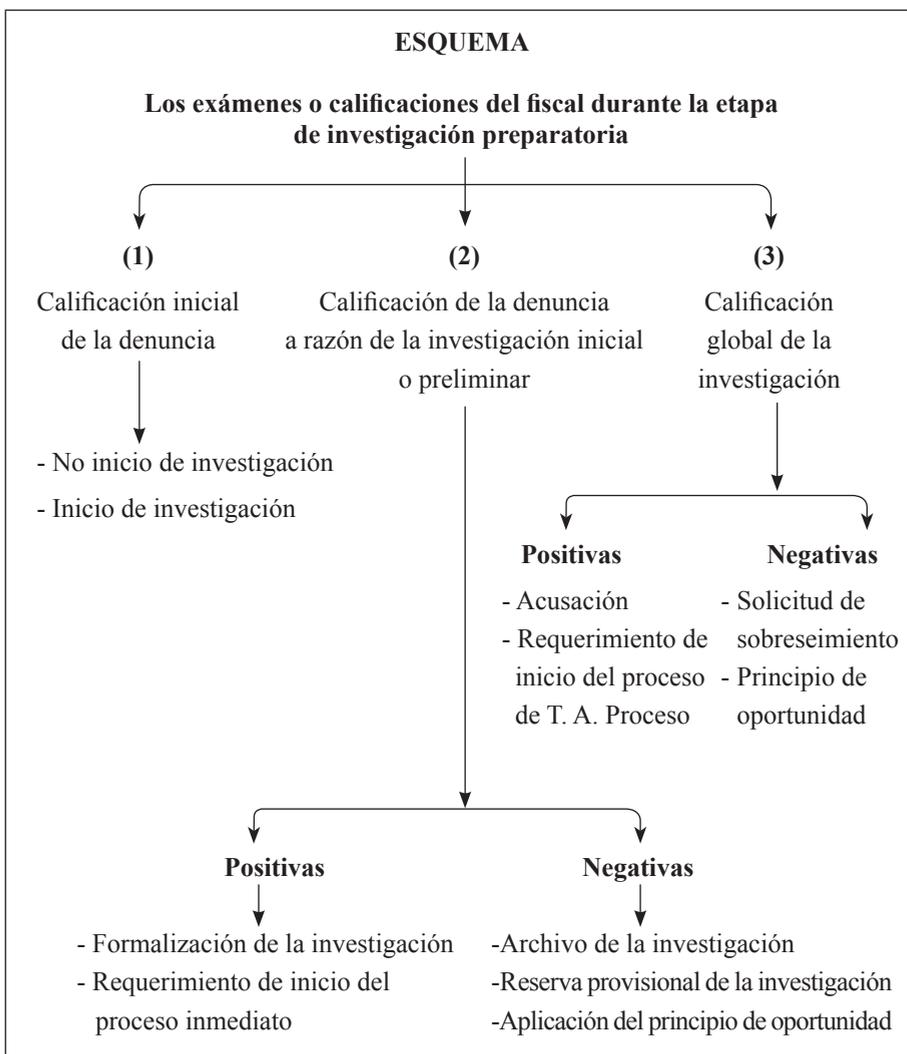
Estudiar tales figuras excedería el objeto de este estudio; no obstante, en el capítulo cuarto de este libro vamos a abordarlas sucintamente.

3. La calificación global de la investigación; es el tercer examen que realiza el fiscal e implica el análisis de los resultados de la investigación (tanto preliminar como complementaria) para decidir si se va al juicio oral o si se opta por otra decisión. En tal virtud, el plexo de decisiones está conformado de la siguiente forma:

- (a) Positivas.- formulación de la acusación (art. 349 del CPP) y el requerimiento de inicio del proceso de terminación anticipada del proceso (art. 468 del CPP).
- (b) Negativas.- aplicación del principio de oportunidad (art. 2 del CPP) y la solicitud de auto de sobreseimiento (art. 344 del CPP).

Este conjunto de decisiones no las vamos a abordar (dado que implicaría todo un aparato teórico que definitivamente desbordaría el objeto de nuestro estudio) pero, por el contrario, en el último capítulo vamos a sugerir la inclusión de una figura en el conjunto de decisiones del fiscal, esto es, remitir el caso a la justicia alternativa.

Finalmente, en este capítulo iniciaremos el análisis de la calificación inicial de la denuncia en el extremo que el fiscal rechaza la denuncia y decide no iniciar investigación, para en el siguiente tocar la decisión opuesta, esto es, cuando el fiscal sí abre carpeta de investigación.



IV. LA PRIMERA OPCIÓN EN LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA: NO INICIO DE CARPETA DE INVESTIGACIÓN

Si recurrimos a la legislación comparada, encontramos que el artículo 236 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009 regula la figura denominada **facultad de abstenerse de investigar**: “El Ministerio Público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes

y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado; en tanto no se formule la imputación”.

Tal figura no ha sido regulada en nuestra legislación, pero entendemos que, en vía de consecuencia con lo establecido en el artículo 334.1 del CPP, si al fiscal se le atribuye la potestad de calificar la denuncia, entonces puede justificar su decisión de no iniciar carpeta de investigación, esto es, de abstenerse de investigar.

En efecto, la práctica nos advierte que se han dado casos que lo narrado en la denuncia no presenta contenido penal (por ejemplo, los hechos denunciados no son otros que el incumplimiento de un contrato que debe ser ventilado en la vía civil o son conflictos de naturaleza política, laboral, mercantil, incluso éticos o religiosos); o bien se formula denuncia contra animales, objetos inanimados o provenientes de nuestra imaginación o de la más pura fantasía o ficción.

Frente a ello, el Ministerio Público sin más argumentos que el análisis de los hechos denunciados y la aplicación de las reglas de la lógica y la razón, debe abstenerse de investigar, y no sobrecargar el sistema con aquellas denuncias que no soportan el más mínimo examen de razonabilidad y coherencia.

La idea es que esta facultad para discriminar casos sea utilizada en un momento muy inicial de la investigación, de forma que esta figura cumpla con su objetivo de evitar pérdida de tiempo y recursos humanos.

En estos casos, las circunstancias fácticas entregadas por la denunciante deben ser claramente no constitutivas de delito o que aparezca *prima facie* que la acción penal se encuentra prescrita. El Ministerio Público no puede estar en una posición de duda frente a los hechos relatados por la denunciante, porque en ese caso deberá iniciar de todas maneras la investigación.

RECUERDA

El fundamento de la facultad de abstenerse de investigar consiste en sacar del sistema de justicia criminal, en el menor tiempo posible (aun al tiempo de recibirse la denuncia), aquellos hechos denunciados en los que el Estado no tiene motivos para aplicar el *ius puniendi*, lo que implica una selectividad oportuna y racional que se traduce en un importante ahorro de recursos.

En suma, dentro de la estructura del nuevo sistema procesal penal, esta facultad discrecional que se le concede al Ministerio Público le permite

confeccionar un mecanismo de clasificación de aquellas denuncias, con el objeto de decidir no iniciar carpeta de investigación. El adecuado uso de esta herramienta por parte de los fiscales, les permitirá ahorrar tiempo, y dar mayor dedicación a los casos socialmente relevantes.

1. Causales para no iniciar investigación

Si aplicamos la teoría del caso, la decisión del fiscal de no iniciar investigación descansa en la identificación de los hechos principales que al mismo tiempo no actualizan los juicios de tipicidad o antijuridicidad; por lo tanto, tales hechos no ameritan ser esclarecidos mediante diligencias de investigación porque, aun si son confirmados, no actualizan los elementos del tipo penal (conducta atípica) o bien se encuentran bajo alguna causal de justificación (ausencia de antijuridicidad) o simplemente no hay conducta que investigar.

Luego, entonces, la facultad de abstenerse de investigar descansa, por un lado, en la identificación de los hechos principales y, por otro lado, en la presencia de causales de exclusión de la conducta, del tipo o de la antijuridicidad. En este apartado estudiaremos estas implicaciones.

1.1. La identificación de los hechos principales

Vamos a presentar dos casos. El primer caso lo denominaremos: **Los ladrones de Trigo**. Con fecha 2 de abril de 2012, en horas de la madrugada, el señor César Torres Torres, empleado de la empresa de transportes “La flecha veloz”, conducía un vehículo tracto-camión de la marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, bajo el régimen laboral de un día completo de trabajo por dos días de descanso.

Con el citado tracto-camión, César Torres Torres remolcaba dos jaulas de la marca “Gold”, modelo 2000, el cual transportaba dos toneladas de trigo a granel, procedente de Argentina, con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Colonial 2354, Lima.

En ese sentido, aproximadamente a las 03:45 a.m. César Torres Torres llegó a la citada harinera, donde se entrevistó con un miembro del personal de seguridad, de nombre: Enrique Guillén Guillén.

En ese orden de ideas, César Torres Torres le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a Enrique Guillén Guillén, y cuando el primero de los mencionados pretendía entregar la mercancía, fue impedido por Enrique Guillén Guillén, quien le señaló que primeramente

debe ser pesado el trigo, a fin de confirmar si iba a ingresar el mismo con el tonelaje señalado en la factura; motivo por el cual tanto César Torres Torres como Enrique Guillén Guillén se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma avenida colonial.

Sin embargo, al momento de llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí, en el cual se encontraban a bordo dos personas del sexo masculino de nombres: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, así como una persona del sexo femenino de nombre: Teresa Mori Mori, quien estaba sentada en la parte posterior del citado vehículo.

En ese sentido, el citado vehículo Ford le hace señales a César Torres Torres a fin de que se detenga, quien hace caso omiso. En esa inteligencia, el vehículo Ford le corta la circulación al tracto-camión, bajándose los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez; quien el último de los mencionados realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.

En esa inteligencia, Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.

Es así, que Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se presentan, falsamente, como agentes policiales, increpándole Juan Pérez Pérez a César Torres Torres el por qué no se detuvo ante las señales de alto que ellos le efectuaron a él; asimismo, le señala que por razones de servicio se van a llevar tanto el tracto-camión como las dos jaulas, requiriéndole Juan Pérez Pérez a César Torres Torres que le entregue las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las dos jaulas.

En ese sentido, César Torres Torres le entrega la tarjeta de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.

Sin embargo, alrededor de las 04:05 a.m. del citado día, va circulando un convoy de tres patrullas de la policía, el cual es observado por César Torres Torres, quien activa las torretas del camión y capta la atención de la policía.

Al ver Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, que las citadas patrullas policiales van acercándose al tracto-camión, deciden bajar del mismo,

abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.

Es así, que los elementos policiales llegan donde César Torres Torres, quien rápidamente le explica los hechos antes narrados; procediendo los efectivos policiales a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.

Asegurado el vehículo, el personal policial de nombres: Gonzalo Quiroz Quiroz, Enrique Gómez Gómez y Mario Palacios Palacios, a las 04:20 a.m., detienen a las personas de: Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori; y al hacer una revisión a los detenidos, encuentra en el bolsillo del pantalón de Juan Pérez Pérez las respectivas tarjetas de circulación.

Posteriormente, los citados policías conducen a los detenidos ante César Torres Torres, quien los reconoce como las personas que pretendían llevarse el tracto-camión al hacerse pasar, falsamente, por personal policial.

Luego, los detenidos son puestos a disposición del agente del Ministerio Público a las 05:30 a.m. del mismo día 2 de abril de 2010.

Ahora bien, dentro de la teoría del caso debemos identificar los hechos principales y diferenciarlos con los secundarios y los irrelevantes. Así, debemos de recordar que el hecho principal equivale a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación; esto es, opera como presupuesto de la decisión en el Derecho.

Al respecto, y tomando en cuenta nuestro relato al que hemos denominado: **los ladrones de trigo**, podemos poner como ejemplos de hechos principales –enunciados fácticos– lo siguiente:

- (1) Del vehículo Ford descienden Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.
- (2) Las citadas personas abordan el tracto-camión conducido por César Torres Torres.
- (3) Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- (4) Las citadas personas le comunican a César Torres Torres, que se iban a llevar el tracto-camión junto con las dos jaulas que contienen dos toneladas de trigo.

- (5) Al acercarse personal policial, Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez bajan del tracto-camión, dirigiéndose al vehículo Ford, donde se encontraba Teresa Mori Mori, y emprenden la fuga.
- (6) A dos kilómetros son capturados por el mencionado personal policial.

Tales enunciados fácticos presentan una idoneidad para conjeturar un caso de robo en grado de tentativa, los cuales, si son probados dentro del proceso penal, constituirán uno de los presupuestos –la denominada motivación fáctica– de la respectiva decisión judicial.

No obstante, puede suceder que entre las circunstancias de la situación hayan algunas que, una vez conocidas o determinadas como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia del hecho principal. La selección se realiza sobre la base de la hipótesis de que este hecho exista, por medio de los criterios de formulación de posibles inferencias (o bien, inversamente, supuesta una circunstancia se trata de ver si existe una posible inferencia que concluya diciendo algo sobre el hecho principal). Si la selección tiene algún resultado positivo, se habrá identificado una circunstancia de hecho que será lógicamente relevante para la determinación del hecho principal y que, por lo tanto, podrá ser usada como elemento para prueba inferencial de este último. Las circunstancias de hecho que presentan esas características se denominan hechos secundarios.

Al respecto, citamos como ejemplo de hecho secundario, y siguiendo el relato de los ladrones de trigo, los siguientes:

- (a) El conductor César Torres Torres señaló que cuando Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez subieron al tracto-camión, el primero de los mencionados le pidió las respectivas tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las dos jaulas donde se transportaban las dos toneladas de trigo.
- (b) Cuando los efectivos policiales realizan la respectiva revisión a los detenidos, encuentran en los bolsillos del pantalón de la persona de Juan Pérez Pérez las mencionadas tarjetas de circulación.

De ello, se desprende que la probabilidad de construir una inferencia a partir del hecho secundario: tarjetas de circulación en posesión de Juan Pérez Pérez, que fortalezcan los hechos principales como lo es, por ejemplo: ingreso al tracto-camión con la finalidad de apoderárselo.

Asimismo, tenemos aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que –sobre la base de los criterios de selección aplicados– resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan útiles a los efectos probatorios que caracterizan el hecho secundario. Precisamente porque son irrelevantes, estas circunstancias no están destinadas a desarrollar papel alguno en la decisión de la controversia y, por esta razón, normalmente no son tomadas en cuenta.

En ese sentido, un hecho irrelevante en el caso de los ladrones de trigo, es que el conductor César Torres Torres, tiene como régimen laboral un día completo de trabajo por dos días de descanso.

Ahora bien, si tomamos en cuenta los hechos principales y lo complementamos con los secundarios, en el caso de los ladrones de trigo, la fiscalía tiene una noticia criminal que amerita ser investigado.

Por otro lado, apliquemos lo señalado en este apartado con un segundo relato, que denominaremos **el dinero**: Ricardo Lara Lara acude al Ministerio Público a presentar denuncia contra Silvano Soto Soto, por el delito de estafa. En ese sentido, Ricardo Lara Lara señala que el 21 de marzo de 2011 se presentó ante él su vecino quien responde al nombre de Silvano Soto Soto; y luego de una cena, este último le manifestó que iba a abrir una tienda comercial de venta de calzado, que tenía todo preparado, esto es, la localización de la tienda, los proveedores y potenciales compradores; indicándole que será un negocio muy próspero.

Sin embargo, y según la denuncia, Silvano Soto Soto le manifestó a Ricardo Lara Lara que necesitaba un préstamo de dinero, por la suma de cinco mil nuevos soles, pues lo necesitaba para completar la compra de los zapatos que iba a vender. En tal virtud, Silvano Soto Soto le pide tal suma a Ricardo Lara Lara con la condición que lo iba a devolver, incluso con intereses que este último fije, en tres presentaciones mensuales; a lo cual accede Ricardo Lara Lara dándole la mencionada suma de dinero.

No obstante, pasan los meses y Silvano Soto Soto no paga ninguna de las tres mensualidades, por lo que Ricardo Lara Lara constantemente ha requerido el pago tanto en forma verbal como escrito, con resultado negativo. Luego Ricardo Lara Lara indagó en torno al negocio de calzado de Silvano Soto Soto, tomando conocimiento que tal negocio, en la actualidad, no existe por el fracaso incurrido por este último, al no comercializar el calzado.

En tal virtud, Ricardo Lara Lara opina que lo han estafado, dado que él dio el dinero porque Silvano Soto Soto le dijo que el negocio no iba a fallar, que sería muy próspero, pero todo ello ha sido una mentira.

Frente a tal relato identifiquemos los hechos principales:

- (a) El 21 de marzo de 2011, Ricardo Lara Lara le entrega a Silvano Soto Soto la cantidad de cinco mil nuevos soles, para invertirlos en un negocio que, según este último, sería muy próspero.
- (b) Las condiciones para la devolución del dinero sería su abono, con intereses, en tres mensualidades.
- (c) No se ha cumplido con los citados abonos del dinero.
- (d) El negocio de comercialización de calzado de Silvano Soto Soto ya no existe.

Confiamos que no hay duda que con estos hechos vamos a trabajar la presencia de elementos del tipo penal de estafa. Los cuales, y ello lo abordaremos en los apartados siguientes, si estima el fiscal que no se actualizan, entonces decidirá no abrir investigación; por el contrario, si el agente investigador considera que sí, entonces decidirá por iniciar investigación.

Lo importante es la adecuada fijación de la cadena fáctica para poder aplicar los juicios de valor de la teoría del delito; de lo contrario toda decisión de la fiscalía sería arbitraria.

Asimismo, como hechos secundarios del caso del “dinero” que ayudarán a dotar de contexto a los hechos principales son:

- (a) Entre Ricardo Lara Lara y Silvano Soto Soto los une un relación de vecindad.
- (b) Para la entrega del dinero, Silvano Soto Soto le manifestó a Ricardo Lara Lara que lo iba a invertir en la compra de calzado.
- (c) A Ricardo Lara Lara le explican que el negocio de Silvano Soto Soto fracasó por no comercializar suficientes zapatos.

Tales hechos permitirán establecer inferencias válidas en torno a los hechos principales. Sin embargo, el detalle no gira en torno a tales inferencias, sino en la actualización de los elementos del hecho delictuoso, los cuales, si

no se actualizan, no implica una falta de tutela jurídica a favor del denunciante, pero no en vía penal.

La situación es que, si los hechos principales, per se, no reflejan el núcleo rector de un determinado tipo penal, entonces es innecesario revisar los hechos secundarios, y el fiscal deberá decidir por abstenerse de investigar. Eso es la importancia de los hechos principales en la teoría del caso del Ministerio Público.

No obstante, si los hechos principales razonablemente reflejan un núcleo rector, entonces cobran importancia los hechos secundarios para contextualizar los primeros y dotar de coherencia al relato fáctico. Ahora bien, si de la lectura de los hechos principales, el fiscal está en duda en torno a su correspondencia con un núcleo rector, entonces deberá recurrir a los hechos secundarios y de esta forma, ya con el contexto completo, dilucidar la encrucijada. Si la duda aún continúa, el agente del Ministerio Público, consideramos, deberá favorecer el inicio de la investigación, esto es, el esclarecimiento de los hechos (ello, por un tema de derecho a la verdad y de acceso a la justicia).

Asimismo, un hecho irrelevante en el caso del “dinero” es que antes de la entrega del dinero, los involucrados en el caso cenaron.

Luego entonces, es importante en la tarea fiscal el manejo de la teoría de los hechos, de esta manera la motivación del Ministerio Público descansa en la cadena fáctica que se le ha puesto a su conocimiento, pero a ello le deberá aplicar los juicios de valor de la teoría del delito que veremos en el siguiente apartado.

RECUERDA

La facultad de abstenerse de investigar descansa, por un lado, en la identificación de los hechos principales y, por otro lado, en la presencia de causales de exclusión de la conducta, del tipo o de la antijuridicidad. Los hechos secundarios cobran importancia recién cuando se han fijado los principales y su correspondencia con un núcleo rector o para resolver una duda valorativa de la fiscalía.

1.2. La actualización de un excluyente de conducta, de tipicidad o de antijuridicidad

A pesar de que se puede afirmar que son los datos de prueba los que permitirán establecer la presencia de un hecho delictuoso, existen situaciones que

per se actualizan alguna causal de exclusión del delito; es decir, que la cadena fáctica es tan clara, y aun por el propio dicho del denunciante, que no se requieren de los datos de prueba para afirmar la presencia de un excluyente, de la conducta, de la tipicidad o de la antijuridicidad (cuestión distinta es para con la culpabilidad, que al final de este apartado vamos a hacer mención).

En tal virtud, el fiscal podrá abstenerse de investigar, cuando de los hechos principales se actualizan cualquiera de los siguientes supuestos:

1.2.1. Los hechos actualizan un excluyente de la conducta

Falta la acción en supuestos en los que, aunque se dé una situación de conciencia del sujeto, falta por completo el control de la voluntad sobre los movimientos corporales⁽¹²³⁾.

En efecto, quien ejecuta un acto sin voluntad no ejecuta un acto humano, sino que es asiento de un hecho que ocurre fuera de su dominio y, a veces, contra su propia determinación y por ser vencidas sus propias fuerzas⁽¹²⁴⁾.

Zaffaroni señala que existen personas que realizan movimientos o que están paralizadas, pero que no operan con voluntad, sea porque están inconscientes (carecen de conciencia) o porque no tiene control de sus movimientos (los realizan automáticamente). En estos casos hay una incapacidad psíquica de acción o conducta, o más precisamente, una incapacidad psíquica de voluntad (involuntabilidad)⁽¹²⁵⁾.

Luego entonces, no existe acción cuando el agente no ha dirigido su voluntad hacia la obtención de un fin determinado y como consecuencia su obrar no tiene sentido, no tiene dirección, no tiene ni persigue un fin, es un proceso causal, producto de sus funciones vitales.

Las principales causas de falta de voluntad del agente, son las siguientes:

1. Fuerza física irresistible.
2. Movimientos reflejos.
3. Estados de inconsciencia.

(123) LUZÓN PEÑA, Diego. Ob. cit., p. 280.

(124) VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal mexicano. Parte general*. 4ª edición, Porrúa, México, 1983, p. 345.

(125) ZAFFARONI, Eugenio. Ob. cit., p. 323.

- **Fuerza física irresistible.**- Se presenta cuando una fuerza exterior e irresistible actúa sobre una persona y lo convierte en un simple instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados.

Según la fuerza irresistible provenga de la naturaleza y de seres irracionales o de la mano del hombre se distinguen dos clases:

- (a) Fuerza física irresistible (vis absoluta).
- (b) Fuerza mayor irresistible (vis maior).

Es importante señalar que respecto a la fuerza psíquica o coacción (vis compulsiva), la conducta no se haya excluida debido a que no anula totalmente la voluntad. En este tipo de fuerza se actúa bajo amenazas, incidiendo en el proceso motivador de la toma de decisión del agente, por ello no afecta la conducta sino más bien a la antijuridicidad (legítima defensa o estado de necesidad) o a la culpabilidad (miedo insuperable)⁽¹²⁶⁾.

La fuerza física irresistible (vis absoluta) también se le conoce como fuerza material, violencia o constreñimiento físico. La fuerza física irresistible es aquella que procede del hombre.

Se trata de un acto de fuerza proveniente del exterior, que actúa materialmente sobre el agente. La consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible no solo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero ejecutor en manos de otro.

EJEMPLO

El guardavías maniatado, el que le quita el volante a un conductor y causa una muerte o el que empuja a otro. Si la denuncia recae en el instrumento que obró sin voluntad, la fiscalía podrá no iniciar carpeta de investigación contra este último, pero sí contra la persona que lo utilizó.

(126) VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2007, pp. 273-274.

Por otro lado, en la fuerza mayor irresistible, la misma se presenta cuando el agente se ve coaccionado por una fuerza sobrehumana; es decir, aquella que proviene de la naturaleza o de los seres irracionales. En ese sentido, hay fuerza mayor irresistible, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad debido a la naturaleza (ciclones, terremotos, etc.) o de los animales.

En relación con la intensidad de la fuerza se exige que sea irresistible para el hombre, es decir, que no haya ningún tipo de posibilidad para que el individuo pueda manifestar su voluntad, por ello, la fuerza debe ser absoluta, donde se le impida al sujeto dirigir sus movimientos, y se convierta en un simple instrumento.

EJEMPLO

Si los hechos denunciados son a consecuencia, por ejemplo, del viento, un aluvión, corriente de agua o la caída de un árbol, no hay sujeto a investigar, debiendo la fiscalía abstenerse de la misma.

- **Movimientos reflejos.**- Son respuestas automáticas del sistema nervioso a ciertos estímulos externos que, por consiguiente, la voluntad del sujeto no puede gobernar.⁽¹²⁷⁾ Soler manifestó que por un acto reflejo pueden ser producidas ciertas consecuencias en el mundo externo. El acto reflejo, sin embargo, es un movimiento que procede de un circuito nervioso cerrado sin alcanzar los centros superiores; es un acto puramente biológico cumplido por el cuerpo como organismo. Al no pasar del plano subcortical no alcanza ser expresión del psiquismo. Carece, por lo tanto, de todo contenido espiritual y es insuficiente para constituir acción, pues esta debe ser no ya la obra de un cuerpo, sino de una persona⁽¹²⁸⁾.

Los movimientos reflejos no constituyen conducta, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros censors que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

(127) CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 258.

(128) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo I, 8ª edición, Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, p. 252.

EJEMPLO

Si los hechos de la noticia criminal hablan de un daño al bien jurídico producto, por ejemplo, de convulsiones epilépticas, movimientos instintos de defensa, desmayos, calambres, el cierre del ojo ante la aproximación de un objeto, la momentánea paralización o movimiento primario producido por una picadura de insecto o el contacto con una corriente eléctrica; conllevará que el agente del Ministerio Público, a la hora de la calificación inicial de la denuncia, decida por no abrir carpeta de investigación.

- **Estado de inconsciencia.**- En este supuesto se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre. No hay presencia de la conciencia, su ausencia es plena.

El estado de inconsciencia es una privación de la actividad consciente. No se trata de una perturbación de conciencia, sino de su cancelación.

EJEMPLO

Los eventos producidos a raíz del sueño, sonambulismo, hipnotismo e intoxicación involuntaria (lo cual elimina la *actio libera in causa*), justifica que el fiscal se abstenga de investigar.

Por otro lado, otra causal que elimina la conducta, además de la falta de voluntad (en sus tres modalidades anteriormente señaladas) es el caso fortuito, entendido como aquel suceso accidental en donde el sujeto produce un resultado dañoso, sin intervención de causarlo, ni imprudencia alguna, al estar llevando a cabo un acto lícito con el debido cuidado.

Se presenta cuando el agente realiza un actuar que no puede ser previsto o que habiéndolo sido no era evitable en condiciones normales. El caso fortuito es un hecho imprevisible por el hombre.

Luego, para que exista caso fortuito se necesita de los siguientes elementos: (1) actuar lícito del agente; (2) actuar cuidadoso; (3) actuar precavido; (4) existencia de un resultado imprevisible; y, (5) existencia de un resultado típico ajeno al agente.

Por otro lado, no queremos que el lector olvide lo que señalamos en el apartado anterior, esto es, que si los hechos principales no son claros, entonces el fiscal tendrá que hacer mano a los hechos secundarios, y si la incertidumbre

permanece, entonces deberá optar por iniciar investigación, aun si fuese de carácter sumaria.

Si el fiscal no puede tomar postura con el examen inicial de la denuncia, deberá de practicar actos de investigación y resolver conforme a los resultados de tales actos; pero la decisión a tomar será en torno al plexo de opciones propios de la calificación de la denuncia a razón de la investigación preliminar o inicial, y ya no si se abstiene o inicia investigación.

Finalmente, si volvemos al caso del “dinero”, presentado en este capítulo, Silvano Soto Soto pidió el dinero y lo recibió, sin estar involucrado en un excluyente de conducta, llámese: fuerza física irresistible, movimiento reflejo, estado de inconsciencia o el caso fortuito. Luego entonces, un no inicio de investigación no puede estar sustentado en las figuras antes mencionadas.

EXCLUYENTES DE LA CONDUCTA

Ausencia de voluntad

Caso fortuito

1. Fuerza física irresistible

2. Movimientos reflejos

3. Estados de inconsciencia

1.2.2. Los hechos actualizan un excluyente de tipicidad

La atipicidad de la conducta puede ser otro motivo por la cual el fiscal decida no iniciar investigación. En tal virtud es la ausencia de imputación objetiva o bien de imputación subjetiva lo que permitirá establecer la falta de relación de la conducta denunciada con el núcleo rector de un determinado tipo penal.

En lo que respecta a la ausencia de imputación objetiva podemos señalar las siguientes reglas:

(a) La no creación de un riesgo permitido.- De acuerdo con esta regla, si la persona actúa conforme a su rol social entonces todo daño que aparezca sería colateral e inocuo para la misma. En efecto, los contactos sociales implican que las personas involucremos nuestro entorno con el de los demás, en búsqueda de satisfacer las expectativas sociales, pero si la interacción generó algún tipo de perjuicio en el entorno de alguien, no se les podrá atribuir el

mismo en aquellos que participaron en el contacto social manteniendo su rol o expectativa social.

EJEMPLO

Se denuncia al profesor X por lesionar la integridad psicológica de sus estudiantes al programar cada fin de mes un examen de complicada solución. Si el profesor está dentro de su rol como maestro, no se le puede imputar objetivamente el estrés que sufran sus alumnos; luego entonces, la fiscalía debería abstenerse de investigar.

(b) El principio de confianza.- Ya que el evento delictivo se presenta siempre en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente delimitar los ámbitos de competencia de los diversos intervinientes en el hecho delictivo. **La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderle no solo al titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido (específicamente en los delitos de dominio), sino que puede plantearse también frente a terceros (“principio de confianza” y “prohibición de regreso”) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (“ámbito de responsabilidad de la víctima”).** Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio.

En este punto, analizaremos la institución delimitadora del principio de confianza en el ámbito de los delitos de dominio.

El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás⁽¹²⁹⁾.

El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por lo tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de los mismos⁽¹³⁰⁾. Es decir, el fundamento de esta figura no se encuentra en la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y en el carácter de *última ratio* del Derecho Penal. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza,

(129) Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 327. Jakobs, Günther. Ob. cit., p. 105.

(130) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. cit., p. 290.

el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino **con el comportamiento de una persona libre y responsable, por lo tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de autorresponsabilidad.**

Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, esta decae.

Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde plenamente con la que tiene lugar en el uso de prestaciones ajenas en la división del trabajo.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes. La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta⁽¹³¹⁾.

Por otro lado, el principio de confianza, como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres:

- La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad.
- No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.
- La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una

(131) Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 106.

desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a derecho del comportamiento del otro.

EJEMPLO

Se pone a disposición de la fiscalía a los conductores detenidos César y Luís, al ocasionarse recíprocamente lesiones. En el informe policial se indica que César circuló su coche cuando el semáforo estaba en verde, y Luís lo hizo cuando el semáforo estaba en rojo. Luego entonces, para César, no se amerita iniciar investigación, amén que actuó bajo el principio de confianza.

(c) La prohibición de regreso.- Un sector cada vez mayor de la doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad, según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación⁽¹³²⁾.

En los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por lo tanto, que el injusto sea considerado una obra común.

Esta participación no debe reducirse a los actos de ejecución, sino que debe incluir los actos de preparación, de manera que no debe caerse en el error naturalista de la doctrina penal dominante de considerar que el partícipe en la fase de preparación realiza un conjunto propio que se vincula al injusto principal de los autores.

El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho. No obstante, no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas⁽¹³³⁾.

(132) Cfr. JAKOBS, Günther. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de la comisión”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio. Civitas, Madrid, 1997, p. 261. Feijóo Sánchez, Bernardo. Ob. cit., p. 389.

(133) Cfr. JAKOBS, Günther. “Imputación (...)”, Ob. cit., p. 152. De otra opinión es Roxin quien justifica este grupo de caso en el principio de confianza: la confianza del primer actuante en que el tercero no

Ese sentido objetivo, para el caso de los delitos de dominio a que nos centraremos a lo largo de este punto, lo suministra la infracción del rol general de ciudadano. Una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción del rol de ciudadano. El hecho de que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación⁽¹³⁴⁾.

Una imputación del comportamiento no resulta justificada solo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso.

Esta figura se diferencia con el principio de confianza, porque este último tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con respecto a las conductas de otras personas; asimismo, el principio de confianza solo entra en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal. En cambio, la prohibición de regreso es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación⁽¹³⁵⁾.

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización⁽¹³⁶⁾.

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que

realizará una conducta delictiva. Cfr. Roxin, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Traducción de Abanto, Idemsa, Lima, 1998, pp. 45 y ss. Similar posición: CEREZO MIR, José. *Ob. cit.*, p. 162. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992, p. 350.

(134) Schünemann, por el contrario, realiza una distinción entre actuación culposa y dolosa. Véase: SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones sobre la imputación objetiva”. En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*. Grijley, Lima, 2000, p. 434.

(135) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Imputación (...)”. *Ob. cit.*, pp. 419 - 420.

(136) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. cit.*, p. 428. Por el contrario, Rueda justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 126.

hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que al autor no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación conoce de los planes delictivos del autor, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder⁽¹³⁷⁾.

EJEMPLO

Se denunció a X por vender productos alimenticios que son alérgicos por Y; Z le sirvió a Y tales productos, produciéndole una severa intoxicación. Al respecto, no hay mérito para iniciar investigación en contra de X, porque mientras esté en su rol no le regresa a él los efectos perniciosos de la conducta de terceros.

(d) Las acciones a propio riesgo.- En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha “actuado a propio riesgo” al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad⁽¹³⁸⁾. De estas dos posibilidades de razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima⁽¹³⁹⁾, ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a alguien. **Una competencia de la víctima que se sustente en el principio de autorresponsabilidad⁽¹⁴⁰⁾,**

(137) Cfr. JAKOBS, Günther. “Imputación...”, Ob. cit., p. 157.

(138) *Ibidem*, p. 109 y ss.

(139) Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 327.

(140) El principio de autorresponsabilidad o autonomía es un filtro normativo relevante con relación al ámbito de protección o alcances del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los tipos que tenga en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado, pero este sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del principio de autonomía es indiferente si alguien quiere realizar un hecho en solitario, quiere realizarlo conjuntamente con otros o quiere delegar su realización en terceros. La influencia de este principio en la teoría de la imputación

solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo⁽¹⁴¹⁾.

Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida⁽¹⁴²⁾, sino que, por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección⁽¹⁴³⁾, estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata, por lo tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotégese⁽¹⁴⁴⁾.

Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no solo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o solo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo.

Por otro lado, el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entendersele

jurídico-penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos. Al respecto, véase: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. cit., p. 517 y ss..

(141) Por eso se rechaza una distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida (Tesis de Roxin), así como de los criterios desarrollados por la victidogmática o el denominado principio victimológico, dado que el tratamiento normativo de la víctima debe darse en el seno del sistema de imputación objetiva, a partir del principio de autorresponsabilidad, que denota un ámbito de administración y responsabilidad de la víctima, así como la determinación del carácter responsable o no de la víctima en un caso concreto.

(142) Como indica Feijóo que los casos relevantes de heterolesión consentida, son normativamente casos de autolesión. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. cit., p. 471 y ss.

(143) En ese sentido, nos adherimos a la posición de García Caveró, para quien el término incumbencia denota, no deberes de la víctima, sino criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 433, nota 168.

(144) Cfr. JAKOBS, Günther. "Imputación ...". Ob. cit., p. 111.

como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad⁽¹⁴⁵⁾. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que este constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa.

Ante esta fundamentación cabe afirmar que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no solo en el plano subjetivo, sino también en el objetivo. Al respecto, García Cavero, cita el siguiente ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquel que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso. Con ello no se reconoce, sin embargo, una relevancia absoluta al consentimiento, pues la competencia de la víctima puede decaer en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que no se trata más de una persona responsable⁽¹⁴⁶⁾.

Por otro lado, es menester indicar la presencia de recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. **Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor⁽¹⁴⁷⁾. Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima⁽¹⁴⁸⁾ derivados de un rol especial de autor que mantiene su competencia por el hecho, aun cuando la víctima actúe a propio riesgo.**

(145) Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. cit., p. 190.

(146) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 435.

(147) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. cit., p. 456.

(148) Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. cit., p. 355.

Todo lo indicado, tanto en el principio de confianza (acápite B), prohibición de regreso (acápite C) y acciones a propio riesgo (acápite D), han sido comentados en el contexto de los delitos de dominio. En cuanto a la viabilidad de utilizar en los delitos de infracción de un deber los institutos delimitadores de la imputación objetiva desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse, según García Cavero, que estos sufren recortes. **La posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio**⁽¹⁴⁹⁾.

En primer lugar, **debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas**: los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. **Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una incompetencia**⁽¹⁵⁰⁾.

En segundo lugar, **están los casos de desvinculación temporal a las instituciones sociales; por ejemplo, que los padres dejen a su hijo con una niñera. En este caso, no implica una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional**⁽¹⁵¹⁾.

EJEMPLO

Se denuncia por el delito de homicidio culposo a María quien, al prestar sus servicios sexuales al octogenario de Miguel, no tomó las previsiones para que este último no sufra un paro cardíaco durante la realización del acto sexual. Es evidente que tal denuncia debe ser rechazada porque la víctima asumió el riesgo cuando contrató los servicios de la denunciada.

ATIPICIDAD POR FALTA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

No creación de un riesgo prohibido. Principio de Prohibición de Actuación a propio Riesgo. Principio de confianza

(149) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 481.

(150) Ídem.

(151) Ibídem, p. 482.

Finalmente, si los hechos principales no generan convicción en el fiscal en torno a si se puede o no imputar, objetivamente, el resultado al denunciado, entonces deberá iniciar investigación y decidir si formaliza la investigación preparatoria o requiere el inicio del proceso inmediato, o bien, disponer el archivo de las actuaciones, la reserva provisional de la investigación o la aplicación del principio de oportunidad.

Por otro lado, se puede actualizar los elementos objetivos del tipo penal, pero si no se complementa con el elemento subjetivo, la conducta será atípica. Ahora bien, si no se actualiza la imputación subjetiva entonces se dará la atipicidad del comportamiento. En tal virtud, es el error de tipo lo que impacta en el citado juicio de imputación.

En ese sentido, hay error de tipo cuando el agente desconoce o se equivoca en cualquiera de los elementos objetivos o normativos del tipo penal que repercute en la tipicidad; y, por lo tanto, afecta el dolo y culpa. Es decir, implica el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva perteneciente al tipo de injusto, sea ella de índole descriptiva o normativa; de esta naturaleza son, entonces, tanto el error que versa sobre lo material de la acción típica (como cosa, persona, habitación, etc.), como el que se refiere a expresiones de carácter normativo (como ajeno, documento, funcionario, etc.).

En el error de tipo, el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos descriptivos o normativos del tipo penal. El tipo no se completa porque al ejecutarlo, el agente se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal.

Por otro lado, se cuenta con las siguientes clases de error de tipo:

- **Error de tipo invencible.**- Una persona se encuentra en error de tipo invencible cuando utilizando todo lo que se encuentra a su alcance y a pesar de todo no logra salir del error en que se encuentra.

Ahora bien, si el error de tipo invencible versa sobre elementos esenciales se excluye la tipicidad por ausencia de dolo y culpa.

- **Error de tipo vencible.**- Es vencible lo que puede vencerse y vencer es la acción de resistir o desbaratar lo que hace oposición. El hecho hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error.

Los efectos de un error de tipo vencible sobre elementos esenciales producen la actualización del tipo penal culposo que la norma penal haya previsto. Ello es lógico, porque quiere decir que el sujeto habría podido objetivamente evitar su error, y si no lo evitó, es porque no observó el cuidado objetivamente necesario a la hora de examinar la situación; en consecuencia, actuó culposamente.

Sin embargo, si el tipo no admite la forma culposa, entonces no hay dolo ni culpa, tornándose la conducta en atípica.

EJEMPLO

Se denuncia, por delito de apropiación indebida, a X, al disponer, como vendedor de celulares, de un teléfono móvil que su compañero de trabajo había prometido vender a Z. Es evidente, que aquí falta la imputación subjetiva a título de dolo, y como no hay apropiación indebida culposa, la conducta del denunciado es atípica, no meritando iniciar carpeta de investigación. Ello, sin perjuicio de resolver el caso, también, con las reglas de imputación objetiva.

- Error sobre el proceso causal.- En casos en los que se da un error en el proceso de ejecución de la voluntad dirigida a la comisión del delito, que aquí identificamos como error en el proceso causal, también se le identifica como **desviación del curso causal, error sobre el curso causal, error sobre el proceso de ejecución del delito, error que puede recaer sobre diversos elementos típicos, casos especiales de error, error sobre elementos típicos de diferente significación, error sobre el proceso causal, errores accidentales, desviaciones del curso causal u otras modalidades de error**⁽¹⁵²⁾.

Entre sus modalidades tenemos el error sobre la persona u objeto en que recaerá la acción, aunque esta equivocación sería irrelevante cuando versa sobre bienes jurídicos típicamente equivalentes. También identificamos el error en el golpe, esto es, que la afectación se dio mediante un factor diferente al que ejecutó el sujeto activo.

ATIPICIDAD POR FALTA DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Error de tipo invencible, error de tipo vencible, en la medida en que no exista un tipo penal culposo.

(152) JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *El aspecto jurídico de la teoría del caso. Teoría de la imputación penal*. Ángel editor, México, 2012, p. 787.

Ahora bien, y como indicamos en el apartado anterior, si el fiscal no tiene claro la actualización de un error de tipo, entonces deberá iniciar carpeta de investigación y esperar los resultados de la investigación preliminar o inicial para decidir si formaliza o no la investigación preparatoria. En cambio, si de la calificación inicial de la denuncia se aprecia claro la ausencia de imputación subjetiva, entonces podrá abstenerse de investigar y no iniciará carpeta.

Por otro lado, si analizamos el caso del “dinero” nos preguntamos si la conducta de Silvano Soto Soto se le puede imputar objetiva y subjetivamente los elementos del tipo penal de estafa. Desde el ámbito de la imputación objetiva, debemos de identificar el rol social de Silvano y analizar si infringió o no la misma. En este caso, el rol de Silvano fue la de un deudor, y la infracción versó en que incumplió con sus obligaciones contractuales, infracción que, prima facie, no importa la creación de un riesgo relevante para el Derecho Penal; no obstante, con el tema de la estafa no podemos aceptar tal inferencia, dado que la citada figura es un ilícito que afecta el patrimonio a través de la obtención de un beneficio económico mediante el empleo del ardid, por lo que es perfectamente posible que el engaño verse en que el sujeto activo se hace pasar como un interesado en recibir un préstamo, siendo su modus operandi para defraudar a las personas.

Frente a ello, la imputación subjetiva es vital para determinar la tipicidad de la conducta de Silvano; sin embargo, si el denunciante nos comunica que el denunciado invirtió el dinero prestado en un negocio que fue un fracaso y que implicó el incumplimiento de las obligaciones económicas, entonces nos está revelando un modus operandi diferente al defraudador.

En efecto, Silvano aparece como una persona que aplicó el dinero prestado en un comercio que no funcionó, por lo que se puede afirmar que a lo sumo estamos ante un sujeto que no observó el deber de cuidado en las actividades de negocio, pero como no hay estafa culposa, la conducta de Silvano es atípica. Es decir, si el propio denunciante nos comunica que el negocio existió pero que se cayó, nos está narrando de una deuda propia del riesgo de mercado que, per se, no configura el núcleo rector de estafa, justificándose la fiscalía si decide no iniciar investigación penal contra Silvano Soto Soto.

Ahora bien, si existiese duda en si Silvano creó un negocio de venta de calzado, o bien lo que le contó a Ricardo para obtener el dinero, recuérdese lo que se dijo en la teoría de los hechos, esto es, que la incertidumbre justifica iniciar investigación.

1.2.3. Los hechos actualizan un excluyente de antijuridicidad

La fiscalía puede abstenerse de investigar cuando considera que se actualizó una causal de justificación. Es decir, los hechos principales identificados convencen al Ministerio Público de lo permitido del comportamiento.

Este convencimiento puede darse, en primer lugar, con el **consentimiento**, aunque nosotros lo consideramos como una causal que elimina la tipicidad, dado que la afectación al bien jurídico se dio con el acuerdo de su titular, y el legislador no tipifica conductas pensando en que el titular esté conforme con la afectación⁽¹⁵³⁾.

Ahora bien, los elementos objetivos del consentimiento son:

- (a) Que el bien jurídico sea disponible.
- (b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.
- (c) Que el consentimiento sea expreso o tácito.
- (d) Que no haya vicio alguno.
- (e) Que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo.
- (f) El consentimiento debe existir previo o al momento de la acción.

Asimismo, el elemento subjetivo del consentimiento requiere que el agente tenga la conciencia del consentimiento otorgado por el titular del bien jurídicamente tutelado. Es requisito que el autor tenga conocimiento del consentimiento y la acción solo estará permitida si el autor la ejecuta en razón del consentimiento otorgado.

(153) En la estafa, si hay disposición voluntaria del patrimonio ello es a raíz de un consentimiento otorgado por el titular a raíz de una información falsa proporcionada por el sujeto activo, por lo que estaríamos ante un consentimiento viciado.

EJEMPLO

Una denuncia por violación de domicilio planteada por la señora X, quien señala que su esposo Y, titular del inmueble, autorizó a su amigo Z a ingresar al domicilio, pero la denunciante se queja de esa mala amistad que invade la privacidad del inmueble. Tal denuncia no amerita iniciar investigación por presencia del consentimiento del titular del bien jurídico protegido.

Por otro lado, está la **legítima defensa**, que sí constituye una causal de justificación, cuyo fundamento es la preservación del orden jurídico. Esto significa quien se defiende legítimamente obra conforme a Derecho, aunque su acto corresponda al descrito en una figura legal de delito.

La legítima defensa comprende los siguientes aspectos:

- Agresión ilegítima; es el ataque realizado por una persona humana, la cual es típica y antijurídica, esto es, contraria a derecho. Esta noción incluye el comportamiento de los enfermos mentales y menores de edad, dado que estos constituyen supuestos de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad, siendo suficiente para justificar una legítima defensa contra un orate o menor de edad, si estos han realizado una agresión típicamente antijurídica.

Asimismo, la agresión debe ser actual, es decir, ha debido de empezar a producirse. Igualmente debe ser inevitable el repelerla, esto es, que no existe otro recurso para evitar la agresión.

- Necesidad racional del medio empleado; la determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla quien repele la agresión, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.
- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; el que es agredido no debe haber provocado la agresión.

Ahora bien, si la explicación de la noticia criminal implica la realización de una legítima defensa, entonces el fiscal podrá abstenerse de investigar; no obstante, si el Ministerio Público considera esclarecer estos, podrá iniciar una investigación sumaria. En otras palabras, dependiendo de la intensidad

del ataque defensivo implicará si el fiscal se abstiene de iniciar indagación o bien prefiere abrir carpeta para el esclarecimiento de los hechos⁽¹⁵⁴⁾.

EJEMPLO

La policía le comunica a la fiscalía que ha detenido a Juan y Pedro por haberse dado de golpes, pero en el informe policial se narra que Juan actuó para defenderse de las agresiones de Pedro, con el que ya tiene antiguas rencillas. El Ministerio Público puede centrar su investigación en Pedro y decretar la libertad de Juan por haber actuado en legítima defensa.

Por otro lado, está el **estado de necesidad justificante**; esto es, quien obra por un estado de necesidad lo hace por una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, y lo hace porque no le queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Los elementos de estado de necesidad justificante son:

- Situación de peligro, son los riesgos provenientes de la naturaleza o del ser humano a través de movimientos carentes de dominio o voluntad, caso contrario estaríamos ante un escenario de legítima defensa, en el que se ve envuelto un bien jurídico penalmente protegido.
- Elemento subjetivo, es la condición de infringir un deber o causar otro mal para salvar un bien jurídico puesto en peligro que valorativamente es de mayor importancia que aquel bien jurídico afectado.
- Elemento objetivo, esto es, el causar una afectación sin tener la obligación de afrontar un peligro.

Ahora bien, al igual como en la legítima defensa, hay situaciones de peligro que valorativamente justificaría iniciar investigación, salvo que el fiscal considere que la cadena fáctica que constituye la noticia criminal sea convincente para acreditar los elementos del estado de necesidad, aplicando la facultad de abstenerse de investigar.

(154) Una legítima defensa ante un robo que implicó un intercambio de golpes es valorativamente diferente a otra que haya implicado privar de la vida al probable agresor.

EJEMPLO

A raíz del terremoto que sufrió la ciudad X, se pone a disposición de la fiscalía al señor Y a quien se le atribuye el hecho de haber roto una serie de sillas de propiedad de Z, cuando el denunciado pretendía salir del inmueble del denunciante a consecuencia del movimiento telúrico. Si la fiscalía estima que el accionar de Y fue para salvaguardarse frente a la situación de peligro que generó el terremoto podrá no iniciar carpeta de investigación en contra del denunciado por obrar bajo estado de necesidad.

Por otro lado, está el **cumplimiento de un deber jurídico**, cuyo fundamento no solo radica en el ordenamiento jurídico procedente del Poder Legislativo conforme a sus facultades constitucionales, sino también de todo acto del poder administrativo que tenga fuerza de obligar.

Los elementos del cumplimiento de un deber jurídico son: (a) el deber debe estar previsto en la ley; (b) racionalidad del medio empleado; (c) la repulsa a una agresión; y, (d) que la repulsa sea actual.

Ahora bien, la justificación radica en que el agente realice la conducta con voluntad de desarrollar un deber que le impone el orden jurídico vigente. Frente a ello, la fiscalía está atribuido de abstenerse de investigar cuando, de la calificación inicial de la denuncia, se infiera que el denunciado actuó bajo el imperio de la ley, en cumplimiento de las obligaciones que fijan las normas jurídicas.

EJEMPLO

Se denuncia, por abuso de autoridad, al juez X, por no haber revelado información, a los medios de comunicación, del caso Z, el cual es de interés público. Frente a ello, con independencia de la gravedad de los hechos que reviste el caso Z, el juez X actuó en cumplimiento del deber jurídico al mantener, para terceros no involucrados en el proceso, en reserva el expediente; por lo que la fiscalía puede decidir en no iniciar investigación penal en contra del citado juez.

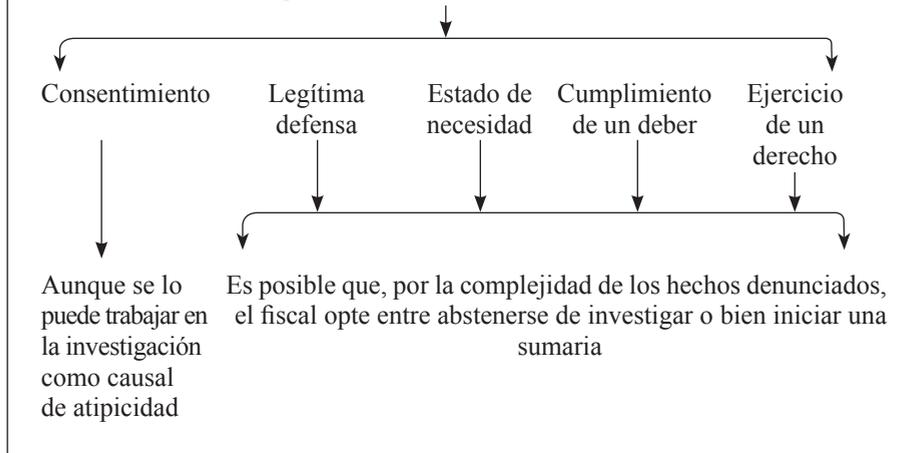
Finalmente, se tiene el ejercicio legítimo de un derecho, el cual se fundamenta en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Pues este solo tendrá aceptación cuando haya sido ejercido legítimamente, es decir, por la vía autorizada por la ley. Y también en la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida

para que excluya la antijuridicidad, debe ser dentro de la legalidad, es decir, que derive de una autoridad, que esta tenga competencia en el caso y que reúna los requisitos legales.

EJEMPLO

Se denuncia al señor X como autor de un delito contra su trabajador Z al hostigarle la relación laboral con descuentos en el sueldo a razón de los días que ha dejado de laborar sin justificación alguna. El Ministerio Público, frente a los hechos denunciados, podrá abstenerse de investigar, en el entendido que el denunciado obró en ejercicio legítimo de un derecho.

CAUSAS QUE ELIMINAN LA ANTIJURIDICIDAD



1.2.4. La situación especial de los excluyentes de culpabilidad

La culpabilidad, por ser un juicio de valor que recae al sujeto a quien se le atribuye una conducta típica y antijurídica, no puede ser descartada en la calificación inicial de la denuncia. Ello en razón, por un lado, a las consecuencias jurídicas que el sistema impone, por ejemplo, a los inimputables y, por otro lado, por la complejidad de acreditar las restantes causales que eliminan la culpabilidad y que amerita iniciar investigación. Claro está, que situación distinta es la del menor de edad en la que, indiscutiblemente, la justicia penal de adultos debe declinar competencia a favor de la de menores, pero aún en este caso, la fiscalía puede iniciar investigación sumaria para verificar la minoría de edad del denunciado, salvo que sea demasiado obvio.

Así, en el caso de aquel que sufrió anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o bien de la percepción, al momento de estar cometiendo la conducta típicamente antijurídica, requiere que su caso sea sometido a investigación, amén de verificar tal estado de vulnerabilidad, así como por la existencia del proceso especial de seguridad (art. 456 del CPP), vía que corresponde trasladar al indiciado que probablemente reciba una medida de seguridad.

En el caso del menor de edad, ya se adelantó que la fiscalía puede iniciar una investigación sumaria para verificar la edad del denunciado, a sabiendas de que, de comprobarse la minoría de edad, el caso será trasladado a los órganos de justicia especializados en menores de edad. Claro está que tal investigación puede prescindirse si la minoría de edad es evidente.

Los casos de error de prohibición y el culturalmente condicionado, ameritan que la fiscalía aperture investigación; ello, más allá de los efectos jurídicos de si tales errores son vencibles, sino por la complejidad del asunto, la cual requiere verificar la situación de ignorancia del denunciado, la misma (que a diferencia del error de tipo) implica el ingreso a la esfera cultural de este último.

Igualmente, en los casos de inexigibilidad de otra conducta (ejemplo: el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable) justifican iniciar investigación, debido a que el estado psicológico de vulnerabilidad, así como, los bienes jurídicos que han podido ser afectados, justifican el despliegue de diligencias tendientes al esclarecimiento de tales componentes.

Luego, entonces, el juicio de imputación personal que dota de sentido a la culpabilidad no puede ser descartado en la calificación inicial de la denuncia, máxime si, como se comentó al inicio de este capítulo: establecer al probable interviniente no es condición necesaria para abrir carpeta de investigación y, menos aún, la fijación de la responsabilidad del denunciado, ni el mero anuncio de su exclusión.

Por lo tanto, son las causales de eliminación de la conducta, de la tipicidad o de la antijuridicidad las que pueden justificar que el fiscal se abstenga de investigar; salvo los casos límite o de especial acreditación, cuyos ejemplos hemos citado en el apartado anterior.

2. Efectos de no iniciar investigación

Si por analogía tomamos los efectos jurídicos de la disposición de archivo de las actuaciones (arts. 334 y 335 del CPP), entonces las consecuencias jurídicas de la decisión del fiscal de abstenerse de investigar son:

1. No se inicia carpeta de investigación, al rechazarse, de plano, la denuncia por falta de hechos que presentan, razonablemente, contenido penal. La diferencia con la disposición de archivo de las actuaciones radica en que, en esta figura la fiscalía ha iniciado carpeta de investigación, pero se ha actualizado una causal de sobreseimiento que justifica el archivo antes que la formalización de la investigación preparatoria. En cambio, en la facultad de abstenerse de investigar, la fiscalía no inicia investigación, sino que, de plano, rechaza la denuncia por no presentar hechos con relevancia jurídico-penal.

2. Impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación preparatoria por los mismos hechos. A pesar de las diferencias entre la facultad de abstenerse de investigar y el archivo de las actuaciones, ambas figuras evitan que se formalice la investigación preparatoria, expulsando del sistema aquellos casos carentes de relevancia penal, siendo justificado prohibir que se los vuelva a denunciar.

3. Se exceptúa la regla anterior, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente calificada, el fiscal superior que previno designará a otro fiscal provincial.

3. ¿Se puede reclamar la decisión del fiscal de no iniciar investigación?

Al ser una figura desconocida en nuestra legislación, no encontramos reglas que delimiten la reclamación de la facultad de abstenerse de investigar; es decir, que no ubicamos un marco de impugnación que regule la decisión del fiscal de no iniciar carpeta de investigación.

Lo más cercano es lo dispuesto en los numerales 5) y 6) del artículo 334 CPP, que regula la reclamación de la disposición de archivo de las actuaciones o la reserva provisional de la investigación: “5. El denunciante que no estuviere conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

6. El fiscal superior se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda”.

Ahora bien, consideramos que, así como el denunciante puede sentirse agraviado con el archivo de la carpeta de investigación, también le puede causar agravio la decisión de la fiscalía de no iniciar investigación. Luego entonces, todo justiciable tiene el derecho a recurrir aquellas decisiones que

impactan la continuidad del procedimiento judicial y que le cause agravio, a través de un recurso oportuno y eficaz (art. 25.1 del Pacto de San José).

En tal virtud, proponemos el siguiente marco de impugnación que el denunciante podrá recurrir para atacar la decisión de la fiscalía de rechazar la denuncia y no iniciar carpeta de investigación:

1. Se debe documentar la decisión que causa agravio al denunciante; es decir, se requiere de determinada documentación para que la impugnación del denunciante tenga sustento. Así, en primer lugar, se necesita del acta de la denuncia verbal, el acuse de recibo de la denuncia escrita o la constancia de recibido de la denuncia electrónica (art. 328 del CPP); y, en segundo lugar, la disposición de no iniciar carpeta de investigación dictada por el agente del Ministerio Público, en la que se exprese los motivos de la abstención y que descansa en la calificación inicial de la denuncia que practicó el fiscal (art. 334.1 del CPP).

2. Se debe reconocer al denunciante la legitimidad para recurrir la disposición de no inicio de la carpeta de investigación, aunado con la carga procesal de expresar los agravios que le genera la disposición que se impugna (art. 405 del CPP). Ahora bien, los agravios deben girar en torno a la inadecuada calificación que realizó el Ministerio Público, en el sentido de que en forma deficiente fijó la cadena fáctica materia de la noticia criminal o incurrió en omisiones en cuanto a los hechos; o bien, en la incorrecta aplicación o inadecuada interpretación de los excluyentes de conducta, tipicidad o antijuridicidad, regulados en el artículo 20 del Código Penal; o, por último, la necesidad de que se abra la investigación si se esclarecen aquellos aspectos que el fiscal encuentra dubitativos.

3. Consideramos que se puede aplicar, supletoriamente, la reclamación de la disposición del archivo de las actuaciones, esto es, que el denunciante podrá dirigirse al fiscal superior y, con documentación en mano, reclamar la decisión de no iniciar carpeta adoptada por el fiscal provincial. En tal virtud, y aplicando los numerales 5) y 6) del artículo 334 CPP, el fiscal superior requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las y se pronunciará dentro del quinto día. En esa inteligencia, el fiscal superior podrá ordenar que se inicie la carpeta, o bien confirmar la decisión del provincial.

RECUERDA

El denunciante puede reclamar, ante el fiscal superior, la decisión del fiscal provincial de no iniciar carpeta de investigación.

CAPÍTULO III

CISIÓN DE LA FISCALÍA EN LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA

Segunda opción: Iniciar investigación

I. LA TEORÍA DEL CASO CONFIRMATIVA

En el caso de los **ladrones de trigo**, narrado en el apartado 2.4.1.1, el Ministerio Público ha tomado conocimiento de la detención de tres sujetos cuando intentaron apoderarse de un tracto-camión que transportaba trigo a granel. En tal inteligencia, la fiscalía debe realizar su calificación inicial, siendo la pregunta: ¿tales hechos ameritan iniciar investigación? Al respecto, y volvemos a insistir, será la teoría del caso lo que permitirá establecer la necesidad de abrir investigación.

En tal virtud, en el capítulo anterior señalamos que: **si los hechos principales actualizan un excluyente de conducta, de tipicidad o de antijuridicidad, entonces el fiscal debería abstenerse de investigar. Sin embargo, si el agente del Ministerio Público tuviese duda en torno a la delictuosidad de los hechos, o bien la certeza de la actualización o no de la excluyente requiere de indicios, entonces deberá iniciar la respectiva investigación. Esta última decisión también es válida para determinar la presencia de excluyente de culpabilidad por la complejidad de su acreditación, salvo cuando se demuestre la minoría de edad del agente.**

Ahora bien, volviendo al caso de los ladrones de trigo, se cuenta con una cadena de acontecimientos que contiene la denominada noticia criminal, lo cual coadyuvará a la calificación inicial.

En efecto, cuando la autoridad policial pone a disposición del Ministerio Público a una persona detenida en situación de flagrante delito, lo hace indicando determinados enunciados fácticos, resaltándose las circunstancias

de tiempo, lugar y modo que involucran a concretos acontecimientos. Ello, también permitirá a la autoridad ministerial el contar con una base que oriente el curso de sus indagaciones⁽¹⁵⁵⁾.

En el caso de los ladrones de trigo, de los hechos principales⁽¹⁵⁶⁾, se revela, razonablemente, la presencia del núcleo rector del tipo penal de robo en grado de tentativa, por lo que conviene iniciar investigación.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público cuenta con una base fáctica que determinará su estrategia de confirmación de la misma; a ello nos referimos con **una construcción del caso confirmativa o teoría del caso confirmativa**; es decir, la hipótesis inicial de trabajo es elaborada a partir de ciertos enunciados fácticos conocidos, cuya potencial relevancia jurídica implica la necesidad de confirmarlos con el material probatorio. Si se realiza tal confirmación, entonces la hipótesis se mantiene, caso contrario se descarta.

Por ejemplo, si la autoridad ministerial recibe a un detenido por robo en flagrancia, entonces para mantener tal hipótesis de trabajo buscará confirmar los enunciados fácticos que le han comunicado y que se relacionan a un delito flagrante de robo.

Igual lógica es para con el defensor; si él también conoce determinados enunciados fácticos, construirá su caso en torno a la confirmación o descarte de los mismos. Por ejemplo, si tomamos en cuenta el caso de los ladrones de trigo, entonces el abogado defensor, a la hora de construir su caso, se percatará que hay suficiente evidencia para confirmar los enunciados fácticos, entonces construirá su estrategia no a la búsqueda de una difícil, por no decir imposible, absolucón, sino en cómo obtener algún tipo de beneficio legal que redunde en un castigo benigno para con sus patrocinados. En cambio, si observa que los enunciados fácticos no cuentan con un cúmulo de evidencias

(155) Igual ocurre cuando se recibe la denuncia, dado que esta figura es la declaración que realiza una persona como consecuencia del conocimiento que posee sobre la comisión de un hecho presuntamente delictivo y tiene como fin último hacer llegar la noticia criminal ante la autoridad correspondiente, encargada de perseguirlo. El concepto de denuncia debe interpretarse extensivamente como hontanar promotor de la persecución penal; esto es, como aquel acto, por lo general escrito, por el que se pone en conocimiento de la autoridad judicial o policial la comisión de un delito, con el fin de que se proceda a la averiguación y al esclarecimiento de los hechos, y por consiguiente a la persecución de sus autores. Ahora bien, en la mayoría de los casos, la denuncia penal presenta una narración de hechos, así como la mención de determinada evidencia que permitirá establecer la veracidad de tales acontecimientos fácticos. En esa inteligencia, ello significa una gran ventaja para la autoridad ministerial encargada de la persecución de ilícitos penales. Ventaja que no se ve traducida en una creencia de lo señalado en la denuncia, sino en el contar con un punto de referencia para el inicio de las investigaciones.

(156) Consúltese el apartado 2.4.1.1.

suficientes para verificarlos, entonces su caso deberá estar basado sí en la ino-
cencia de sus patrocinados.

RECUERDA

La construcción del caso es confirmativa cuando de antemano tenemos cono-
cimiento de los enunciados fácticos, haciendo descansar nuestra hipótesis de
trabajo en la confirmación o descarte de los mismos.

En esa inteligencia, un ejemplo de construcción confirmativa del caso, lo
tenemos en los ladrones de trigo. De esta forma, si trabajamos con las teorías
expuestas en el primer capítulo podemos formar el siguiente cuadro:

TABLA PARA LA CONSTRUCCIÓN CONFIRMATIVA DEL CASO

I Elaborando los enunciados fácticos	II Seleccionando la teoría del delito a aplicar	III Subsumir los hechos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada	IV Evidencias
<p>1. Con fecha 2 de abril de 2012, en horas de la madrugada, el señor César Torres Torres, empleado de la empresa transportes "La flecha veloz", conducía un vehículo tracto-camión de la marca volvo, modelo 2006, placa: XG328.</p> <p>2. Con el tracto-camión, César Torres Torres remolcaba dos jaulas de la marca "Gold", modelo 2000, el cual transportaba dos toneladas de trigo a granel, procedente de Argentina, con destino a la Harinera "Los Angeles", ubicado en la Avenida Colonial 2354, Lima.</p> <p>3. Aproximadamente a las 03:45 a.m. César Torres Torres llegó a la citada harinera, donde se entrevistó con un miembro del personal de seguridad, de nombre: Enrique Guillén Guillén.</p> <p>4. César Torres Torres le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a Enrique Guillén Guillén.</p> <p>5. Enrique Guillén Guillén le señaló a César Torres Torres que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura.</p> <p>6. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabela.</p> <p>7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>8. En el vehículo Ford estaban dos personas del sexo masculino de nombres: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez. Así como una persona del sexo femenino de nombre: TERESA MORI MORI, quien estaba sentada en la parte posterior del citado vehículo.</p> <p>9. Las personas que iban en el vehículo Ford le hace señales a César Torres Torres a fin de que se detenga.</p>	<p>LISTA N° 01.- Elementos del delito y sus excluyentes:</p> <p>1. Conducta:</p> <p>1.1 Elementos:</p> <p>1.1.1 Voluntad</p> <p>1.1.2 Exteriorización</p> <p>1.2 Excluyentes:</p> <p>1.2.1 Fuerza física irresistible</p> <p>1.2.2 Movimientos reflejos</p> <p>1.2.3 Estados de inconsciencia</p> <p>2. Tipicidad:</p> <p>2.1 Elementos:</p> <p>2.1.1 Tipo objetivo</p> <p>2.1.1.1 Sujeto activo</p> <p>2.1.1.2 Sujeto pasivo</p> <p>2.1.1.3 Bien jurídico protegido</p> <p>2.1.1.4 Conducta típica</p> <p>2.1.1.5 Medio empleado</p> <p>2.1.1.6 Resultado</p> <p>2.1.1.7 Relación de causalidad</p> <p>2.1.1.8 Imputación objetiva</p> <p>2.1.2 Tipo subjetivo:</p> <p>2.1.2.1 Tipo doloso dolo y elementos subjetivos distintos al dolo</p> <p>2.1.2.2 Tipo culposo</p> <p>2.2 Excluyentes:</p> <p>2.2.1 Acuerdo</p> <p>2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo</p> <p>2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invenible</p> <p>3. Antijuridicidad</p> <p>3.1 Elementos:</p> <p>3.1.1 Contrariedad con el Derecho</p>	<p>I. Conducta:</p> <p>1.1 Elementos:</p> <p>1.1.1 Voluntad</p> <p>a. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, decidieron esperar, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, conducido por CÉSAR TORRES TORRES.</p> <p>b. La finalidad de Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori era de llevarse el tracto camión conducido por César Torres Torres y la mercadería que allí había.</p> <p>1.1.2 Exteriorización</p> <p>a. Con fecha 02 de abril de 2012, en horas de la madrugada, el señor César Torres Torres, empleado de la empresa transportes "La flecha veloz", conducía un vehículo tracto-camión de la marca volvo, modelo 2006, placa: XG328.</p> <p>b. Con el tracto-camión, César Torres Torres remolcaba dos jaulas de la marca "Gold", modelo 2000, el cual transportaba dos toneladas de trigo a granel, procedente de Argentina, con destino a la Harinera "Los Angeles", ubicado en la Avenida Colonial 2354, Lima.</p> <p>c. Aproximadamente a las 03:45 a.m. César Torres Torres llegó a la citada harinera, donde se entrevistó con un miembro del personal de seguridad, de nombre: Enrique Guillén Guillén.</p> <p>d. César Torres Torres le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a Enrique Guillén Guillén.</p> <p>e. Enrique Guillén Guillén le señaló a César Torres Torres que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura.</p>	<p>1. Con fecha 2 de abril de 2012, en horas de la madrugada, el señor CÉSAR TORRES TORRES, empleado de la empresa transportes "La flecha veloz", conducía un vehículo tracto-camión de la marca volvo, modelo 2006, placa: XG328.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte "La Flecha Veloz".</p> <p>4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.</p> <p>5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.</p> <p>6. Fotografías del tracto-camión.</p> <p>7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.</p> <p>8. Con el tracto-camión, César Torres Torres remolcaba dos jaulas de la marca "Gold", modelo 2000, el cual transportaba dos toneladas de trigo a granel, procedente de Argentina, con destino a la Harinera "Los Angeles", ubicado en la Avenida Colonial 2354, Lima.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p>

HESBERT BENAVENTE CHORRES

<p>10. César Torres Torres no se detiene.</p> <p>11. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión conducido por César Torres Torres.</p> <p>12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>13. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>14. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que TERESA MORI MORI permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>15. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>16. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>17. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>18. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía.</p> <p>19. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.</p> <p>20. Las tres patrullas de la policía se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.</p> <p>21. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugiéndose del lugar de los hechos.</p> <p>22. Los elementos policiales de nombre: de nombre: Gonzalo Quiroz Quiroz, Enrique Gómez Gómez y Mario Palacios Palacios, llegan donde César Torres Torres, quien rápidamente le explica los hechos antes narrados.</p> <p>23. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.</p> <p>24. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 2 de abril de 2012, proceden a la detención de las personas que estaban dentro del vehículo Ford de nombre: Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori.</p> <p>25. Al realizar la revisión a Juan Pérez Pérez, los efectivos policiales le encuentran, en el interior de sus bolsillos, las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como el de las dos jaulas.</p> <p>26. Los efectivos policiales conducen a los detenidos ante César Torres Torres, quien los reconoce como las personas que pretendían llevarse el tracto-camión al hacerse pasar, falsamente, por agentes policiales</p>	<p>3.1.2 Daño social</p> <p>3.2 Excluyentes:</p> <p>3.2.1 Legítima defensa</p> <p>3.2.2 Estado de necesidad justificante</p> <p>3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho</p> <p>3.2.4 Cumplimiento de un deber</p> <p>4. Culpabilidad:</p> <p>4.1 Elementos</p> <p>4.1.1 Imputabilidad</p> <p>4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar</p> <p>4.1.3 Exigibilidad</p> <p>4.2 Excluyentes:</p> <p>4.2.1 Inimputabilidad:</p> <p>4.2.1 Anomalia psíquica</p> <p>4.2.2 Grave alteración de la conciencia</p> <p>4.2.3 Minoría de edad</p> <p>4.2.2 Error de prohibición (invencible)</p> <p>4.2.3 Inexigibilidad:</p> <p>4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante</p> <p>4.2.3.2 Miedo insuperable</p> <p>5. Tentativa / consumación</p> <p>6. Autoría / participación</p> <p>Lista Nº 02.- AGRAVANTES:</p> <p>1. Agravantes genéricos: (...)</p> <p>2. Agravantes específicos: (...)</p> <p>Lista Nº 03.- ATENUANTES:</p> <p>1. Atenuantes genéricos: (...)</p> <p>2. Atenuantes específicos: (...)</p> <p>Lista Nº 04.- CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENAL</p>	<p>f. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.</p> <p>g. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>h. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.</p> <p>i. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>j. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>k. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que TERESA MORI MORI permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>l. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>m. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>n. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>ñ. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía.</p> <p>o. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.</p> <p>p. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.</p> <p>q. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugiéndose del lugar de los hechos.</p> <p>1.2 Excluyentes:</p> <p>1.2.1 Fuerza física irresistible</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>1.2.2 Movimientos reflejos</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>1.2.3 Estados de inconsciencia</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>2. Tipicidad:</p> <p>2.1 Elementos:</p> <p>2.1.1 Tipo objetivo</p> <p>2.1.1.1 Sujeto activo.- Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori.</p> <p>a. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, esperaron Avenida Colonial 2354, Lima, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, conducido por César Torres Torres.</p>	<p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte "La Flecha Veloz".</p> <p>4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.</p> <p>5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.</p> <p>6. Fotografías del tracto-camión.</p> <p>7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.</p> <p>8. Dictamen de valuación e identificación vehicular, donde el valor intrínseco del tracto-camión es de Ochenta Mil Dólares Americanos.</p> <p>9. Dictamen de valuación de la mercancía, ascendente a Diez Mil Dólares Americanos.</p> <p>3. Aproximadamente a las 03:45 a.m. CESAR TORRES TORRES llegó a la citada harinera, donde se entrevistó con un miembro del personal de seguridad, de nombre: Enrique Guillén Guillén.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Grabación de la cámara de seguridad de la empresa harinera.</p> <p>4. César Torres Torres le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a Enrique Guillén Guillén.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Factura de la mercancía.</p> <p>5. Enrique Guillén Guillén le señaló a César Torres Torres que el rigor debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura,</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>6. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>b. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p>
---	--	---	---

CALIFICACIÓN DE LAS DENUNCIAS PENALES

		<p>c. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>d. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>e. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.</p> <p>2.1.1.2 Sujeto pasivo: Empresa de transportes "La flecha veloz"</p> <p>a. Con fecha 2 de abril de 2012, en horas de la madrugada, el señor César Torres Torres, empleado de la empresa transportes "La flecha veloz", conducía un vehículo tracto-camión de la marca volvo, modelo 2006, placa: XG328.</p> <p>b. Con el tracto-camión, César Torres Torres remolcaba dos jaulas de la marca "Gold", modelo 2000, el cual transportaba dos toneladas de trigo a granel, procedente de Argentina, con destino a la Harinera "Los Angeles", ubicado en la Avenida Colonial 2354, Lima.</p> <p>c. Al llegar a la báscula pública, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>d. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.</p> <p>e. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>g. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>h. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>i. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.</p> <p>2.1.1.3 Bien jurídico protegido: Patrimonio</p> <p>a. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>b. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p>	<p>7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista a Teresa Mori Mori. 6. Inspección del vehículo Ford. 7. Fotografías del vehículo Ford. 8. En el vehículo Ford estaban dos personas del sexo masculino de nombres: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez. Así como una persona del sexo femenino de nombre: Teresa Mori Mori, quien estaba sentada en la parte posterior del citado vehículo. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista a Teresa Mori Mori. 6. Inspección del vehículo Ford. 7. Fotografías del vehículo Ford. 8. Fotografías de Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori 9. Huellas dactilares de Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori. 9. Las personas que iban en el vehículo Ford le hace señales a César Torres Torres a fin que se detenga. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista a Teresa Mori Mori. 10. César Torres Torres no se detiene. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista a Teresa Mori Mori. 11. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión conducido por César Torres Torres. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.
--	--	---	--

		<p>c. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>d. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía.</p> <p>e. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.</p> <p>2.1.1.4 Conducta típica: Robo</p> <p>a. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.</p> <p>c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>d. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>e. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>g. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>h. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>2.1.1.5 Medio empleado: Intimidación</p> <p>a. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>b. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>c. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>2.1.1.6 Resultado: Apoderamiento (tentativa) de bien ajeno</p> <p>a. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía.</p> <p>b. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.</p>	<p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>5. Entrevista a Teresa Mori Mori</p> <p>12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>5. Entrevista a Teresa Mori Mori</p> <p>13. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>5. Entrevista a Teresa Mori Mori</p> <p>14. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>5. Entrevista a Teresa Mori Mori</p> <p>15. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>16. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas, solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <p>1. Entrevista del conductor César Torres Torres</p> <p>2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén.</p> <p>3. Entrevista a Juan Pérez Pérez</p> <p>4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez</p> <p>17. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo</p>
--	--	--	---

CALIFICACIÓN DE LAS DENUNCIAS PENALES

		<p>c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.</p> <p>d. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugiéndose del lugar de los hechos.</p> <p>2.1.1.7 Relación de causalidad</p> <p>a. Existe una relación lógica o naturalística de causa - efecto.</p> <p>2.1.1.8 Imputación objetiva</p> <p>a. Existe una relación normativa, basada en la infracción del rol general de ciudadano, no cubierto ni por el riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso ni acciones de propio riesgo por parte de la víctima.</p> <p>2.1.2 Tipo subjetivo:</p> <p>2.1.2.1 Tipo doloso.- dolo y elementos subjetivos distintos al dolo</p> <p>a. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.</p> <p>c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>d. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>e. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>g. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>h. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>2.1.2.2 Tipo culposo</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>2.2 Excluyentes:</p> <p>2.2.1 Acuerdo</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invencible</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>3. Antijuridicidad</p> <p>3.1 Elementos:</p> <p>3.1.1 Contrariedad con el Derecho</p>
		<p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas. 6. Inspección en la persona de Juan Pérez Pérez 18. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista de Teresa Mori Mori 6. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz 7. Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. 8. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. 19. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 3. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz 4. Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. 5. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. 20. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista de Teresa Mori Mori 6. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz 7. Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. 8. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. 21. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba TERESA MORI MORI, fugiéndose del lugar de los hechos.

	<p>a. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. César Torres Torres y Enrique Guillén Guillén observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, color blanco, estacionado allí.</p> <p>b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.</p> <p>c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez.</p> <p>d. Luis Gálvez Gálvez realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.</p> <p>e. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>f. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>g. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>h. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>3.1.2 Daño social</p> <p>a. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>b. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>c. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>d. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>3.2 Excluyentes:</p> <p>3.2.1 Legítima defensa</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>3.2.2 Estado de necesidad justificante</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>3.2.4 Cumplimiento de un deber</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4. Culpabilidad:</p> <p>4.1 Elementos</p> <p>4.1.1 Imputabilidad</p> <p>a. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, son mayores de edad.</p> <p>b. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, presentan capacidad de entendimiento y comprensión de las normas.</p>	<p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> Entrevista del conductor César Torres Torres Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. Entrevista a Juan Pérez Pérez Entrevista a Luis Gálvez Gálvez Entrevista de Teresa Mori Mori Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. Los elementos policiales de nombre: de nombre: Gonzalo Quiroz Quiroz, Enrique Gómez Gómez y Mario Palacios Palacios, llegan donde César Torres Torres, quien rápidamente le explica los hechos antes narrados. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> Entrevista del conductor César Torres Torres Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> Entrevista del conductor César Torres Torres Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. Entrevista a Juan Pérez Pérez Entrevista a Luis Gálvez Gálvez Entrevista de Teresa Mori Mori Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 2 de abril de 2012, proceden a la detención de las personas que estaban dentro del vehículo Ford de nombre: Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> Entrevista a Juan Pérez Pérez Entrevista a Luis Gálvez Gálvez Entrevista de Teresa Mori Mori Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez.
--	---	--

CALIFICACIÓN DE LAS DENUNCIAS PENALES

		<p>c. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, al momento de realizar su comportamiento, no presentaban signos de grave alteración de su conciencia.</p> <p>4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar</p> <p>a. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, comprenden el carácter ilícito de su comportamiento.</p> <p>4.1.3 Exigibilidad</p> <p>a. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori, no presentan signo alguno de deformación de su voluntad.</p> <p>4.2 Excluyentes:</p> <p>4.2.1 Inimputabilidad:</p> <p>4.2.1 Anomalía psíquica</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4.2.2 Grave alteración de la conciencia</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4.2.3 Minoría de edad</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4.2.2 Error de prohibición (invencible)</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4.2.3 Inexigibilidad:</p> <p>4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>4.2.3.2 Miedo insuperable</p> <p>a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.</p> <p>5. Tentativa / consumación: Tentativa.</p> <p>a. César Torres Torres, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía.</p> <p>b. César Torres Torres activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.</p> <p>c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.</p> <p>d. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.</p> <p>e. Los elementos policiales de nombre: de nombre: Gonzalo Quiroz Quiroz, Enrique Gómez Gómez y Mario Palacios Palacios, llegan donde César Torres Torres, quien rápidamente le explica los hechos antes narrados.</p> <p>f. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándole alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.</p> <p>g. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 2 de abril de 2012, proceden a la detención de las personas que estaban dentro del vehículo Ford de nombre: Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori.</p>
		<p>6. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios.</p> <p>25. Al realizar la revisión a Juan Pérez Pérez, los efectivos policiales le encuentran, en el interior de sus bolsillos, las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como el de las dos jaulas.</p> <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista a Juan Pérez Pérez 2. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 3. Entrevista de Teresa Mori Mori 4. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz 5. Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. 6. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios. 26. Los efectivos policiales conducen a los detenidos ante César Torres Torres, quien los reconoce como las personas que pretendían llevarse el tracto-camión al hacerse pasar, falsamente, por personal policial. <p>EVIDENCIAS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevista del conductor César Torres Torres 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera "Los Angeles", Enrique Guillén Guillén. 3. Entrevista a Juan Pérez Pérez 4. Entrevista a Luis Gálvez Gálvez 5. Entrevista de Teresa Mori Mori 6. Entrevista del agente policial captor Gonzalo Quiroz Quiroz 7. Entrevista del agente policial captor Enrique Gómez Gómez. 8. Entrevista del agente policial captor Mario Palacios Palacios.

		<p>h. Al realizar la revisión a Juan Pérez Pérez, los efectivos policiales le encuentran, en el interior de sus bolsillos, las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como el de las dos jaulas.</p> <p>6. Autoría / participación: Coautores</p> <p>a. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez abordan el tracto-camión, mientras que Teresa Mori Mori permanecía en el vehículo Ford, observando lo que sucedía.</p> <p>b. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez se hacen pasar, falsamente, como agentes policiales.</p> <p>c. Juan Pérez Pérez le indica a César Torres Torres que por razones de servicio se van a llevar el tracto-camión como las de las dos jaulas; solicitando, para tales fines, las respectivas tarjetas de circulación.</p> <p>d. César Torres Torres le entrega a Juan Pérez Pérez las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las dos jaulas, que contenían las dos toneladas de trigo.</p> <p>e. Juan Pérez Pérez y Luis Gálvez Gálvez, al percatarse de la presencia policial deciden bajar del tracto-camión, abordando el vehículo Ford, donde también se encontraba Teresa Mori Mori, fugándose del lugar de los hechos.</p> <p>Lista N° 02.- AGRAVANTES: Dependiente de la legislación de cada Estado</p> <p>1. Agravantes genéricos: (...) 2. Agravantes específicos: (...)</p> <p>Lista N° 03.- ATENUANTES: Dependiente de la legislación de cada Estado</p> <p>1. Atenuantes genéricos: (...) 2. Atenuantes específicos: (...)</p> <p>Lista N° 04.- CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENA: Dependiente de la legislación de cada Estado.</p>	
--	--	---	--

En ese sentido, es confirmativa porque la situación de detenidos conlleva el conocimiento, previo, de determinados enunciados fácticos, que permitirán la interrelación con la teoría del delito y con las evidencias.

En esa inteligencia, el Ministerio Público tiene un caso de robo de vehículo tracto-camión y su mercancía, en grado de tentativa; donde los intervinientes en el mismo tienen el título de coautores.

En ese orden de ideas, el agente del Ministerio Público, utilizando las herramientas de construcción de los enunciados fácticos, podrá identificar y construir aquellos que presentan relevancia jurídica.

Asimismo, la autoridad ministerial encontrará, en la teoría del delito, la sustentación jurídica de las categorías normativas: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, tentativa y coautoría.

Igualmente, el Ministerio Público cuenta con un cúmulo de evidencias para confirmar los enunciados fácticos elaborados.

Por otro lado, la defensa, al enfrentarse a la misma tabla de construcción confirmativa del caso, puede percatarse que el robo en grado de tentativa y la coautoría es una probable hipótesis de trabajo que manejaría el Ministerio Público.

En ese sentido, la defensa tiene las siguientes opciones, a saber:

- (a) Postular la inocencia de todos sus patrocinados o algunos de ellos, según fuese el caso.
- (b) Recurrir a los atenuantes que presenta el caso, como es la figura de la tentativa.
- (c) Plantear nuevas atenuantes, por medio de análisis nomológicos como el empleo de la teoría del dominio del hecho, para establecer la ausencia de una coautoría y más bien la presencia de partícipes en el hecho punible; o bien, recurrir a atenuantes por aplicación de figuras procesales, como es el recurrir al procedimiento abreviado, también conocido en otras legislaciones como proceso inmediato.

Al respecto, la primera opción tiene el inconveniente de las evidencias pertinentes, idóneas y suficientes para afirmar la existencia de un injusto penal, así como la probable intervención de los imputados en el mismo. En efecto, así los imputados hubiesen optado por ejercer su derecho a guardar silencio, se tiene el inconveniente de la existencia de testigos presenciales, documentos y objetos. Sería, desde nuestra perspectiva, la inocencia de los imputados un equivocado caso a plantear ante el órgano jurisdiccional⁽¹⁵⁷⁾.

Asimismo, en lo referente a la segunda opción, se tiene la ventaja de emplear un atenuante que no admitiría cuestionamiento alguno por parte de la autoridad ministerial, esto es, la tentativa, la cual, per se, conllevaría una disminución en el cuántum de la pena. Otra ventaja, estaría dada en el material probatorio existente que impediría hablar de una consumación del delito de robo, ello aparejado con la definición, ya sea jurisprudencial o doctrinal, del

(157) Salvo que se maneje un concepto de apoderamiento y tentativa, que permita inferir la no ejecución de actos típicos de robo. Aunque, ello refiría con las definiciones que, en consenso, ha establecido la comunidad académica y de operadores jurídicos.

“apoderamiento” de bien ajeno. Ahora bien, la desventaja es que, al aplicar la tentativa, ello conllevará una sentencia condenatoria en contra de los imputados, quienes, desde un análisis irracional, podrían no aceptarlo y simplemente buscar a otro abogado quien sí indique lo que ellos quieren escuchar y que no realmente corresponde con la situación legal en la que están inmersos.

Por otro lado, se cuenta con la tercera opción, esto es, la invocación de atenuantes, no mencionados, en un inicio, por la autoridad ministerial; ya sea de índole sustantivo, como por ejemplo, invocar la calidad de partícipe a favor de uno de los imputados; o bien, algún atenuante surgido por aplicación de una figura procesal, esto es, la confesión corroborada que justifica recurrir al proceso penal especial abreviado, que, per se, en el hipotético caso de darse una sentencia condenatoria, conllevará la reducción de la pena a favor del condenado. Claro está, que en el caso de un atenuante sustantivo, la defensa necesitará de enunciados fácticos verificados que fundamenten la atenuante invocada por el abogado defensor –caso contrario, tal pretensión será desestimada–. En cambio, determinados atenuantes nacidos por la aplicación de instituciones procesales presentan como denominador común a la confesión corroborada con material probatorio, donde se mantiene la carga de la prueba para con la autoridad ministerial y, a cambio, la defensa recibirá una rebaja en la pena.

En suma, opinamos que la defensa, en el ejemplo de los ladrones de trigo, tiene un caso más razonable y sustentable, en el camino de invocar atenuantes, ya sea aquellos mencionados por el propio Ministerio Público, como es la tentativa, o invocar la reducción de la pena por aplicación de instituciones procesales, como la terminación anticipada del proceso, dado que la autoridad ministerial, en este último caso, continuará detentando la carga de probar.

II. TEORÍA DEL CASO Y EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con el artículo 329.1 del CPP, el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Con lo trabajado en el apartado anterior confiamos que el lector vea en la teoría del caso la herramienta que tiene el fiscal cuando está calificando la denuncia. En tal virtud, cuando el agente del Ministerio Público examina los hechos, establece una relación con los elementos del tipo penal e identifica las diligencias de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos, cuenta con un caso y con la obligación de iniciar la investigación.

La tabla del apartado anterior es el producto del estudio fáctico, normativo y la viabilidad probatoria que realiza el fiscal cuando tiene conocimiento de la noticia criminal; en tal virtud que, nadie dudaría que en el caso de los ladrones de trigo, el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria (art. 330.1 del CPP).

En efecto, con relación al estudio fáctico, recuérdese que el mismo es la identificación de los hechos principales, distinguiéndolos de los secundarios y de los irrelevantes. Los riesgos que el fiscal tiene que superar son los eslabones perdidos de la cadena fáctica o la equivocada selección de los hechos primarios.

En cuanto al material normativo, ello implica la identificación de los juicios de valor propios de la teoría del delito, así como la relación entre estos con los hechos, surgiendo en el fiscal la hipótesis de una actualización razonable del núcleo rector de un determinado tipo penal. Sin embargo, los inconvenientes que puede encontrar el agente del Ministerio Público es el desconocimiento o equivocado manejo de los niveles de análisis de la teoría del delito, en concreto de la tipicidad, lo cual puede condicionar su juicio normativo.

Asimismo, por viabilidad probatoria se entiende a la identificación de aquellas diligencias de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos; es decir, si el desplegar la investigación permitirá, en tiempo y espacio, recolectar los datos de prueba pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes para determinar la formalización de la investigación preparatoria. Ahora bien, los inconvenientes que pueden presentarse sería que, por la tardía reacción del sistema, las diligencias de investigación no cumplirían su finalidad esclarecedora de los hechos, o bien, la imposibilidad, o al menos dificultad, de encontrar los datos de prueba.

Si los riesgos indicados en los párrafos anteriores no se actualizan, entonces el fiscal cuenta con las condiciones para abrir la investigación y desplegar su teoría del caso, reflejada en su estrategia de investigación.

RECUERDA

Si de la noticia criminal se desprende un estudio fáctico y normativo que relacione a la actualización razonable del núcleo rector de un determinado tipo penal, así como se presenta una viabilidad probatoria, entonces el fiscal debe abrir investigación.

Finalmente, debemos de recordar que la teoría del caso implica la elaboración de una hipótesis de trabajo desde el primero momento en que se ha tomado conocimiento de la noticia criminal, pero que en el transcurso del proceso puede ser perfeccionada o mejorada; todo ello, porque cuando se tome conocimiento del contenido de los datos de prueba se podrá enriquecer nuestra teoría del caso.

CAPÍTULO IV

LA CALIFICACIÓN DE LA DENUNCIA A RAZÓN DE LA INVESTIGACIÓN INICIAL O PRELIMINAR

I. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

De acuerdo con el artículo 330.2 del CPP: “Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”.

En tal virtud, si a mérito de la calificación inicial de la denuncia, la fiscalía opta por abrir investigación, entonces debe practicar los actos de investigación necesarios e indispensables a fin de fundamentar sus pronunciamientos, que puede ser, por un lado, formalizar la investigación preparatoria o requerir al juez el inicio del proceso inmediato, o por otro disponer el archivo de las actuaciones, la reserva provisional de la investigación o la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora bien, en modelos inquisitivo o mixto con tendencia inquisitivo, la investigación es dirigida por el juez penal, debido a que, al ser el encargado de juzgar y sentenciar, además, debe de dársele las labores de pesquisa e investigador, a fin de que halle la verdad histórica. Sin embargo, la praxis nos demuestra lo ineficaz de esta lógica, debido a que, la acumulación de todas las facultades procesales en la persona del juez, no garantiza un pronunciamiento certero y eficaz; más aún el relegar el aporte de las partes durante la investigación, solo conlleva que el juzgado penal se sobrecongestione y no cumpla

con las reales funciones que tiene: controlar y garantizar el respeto de los derechos de los litigantes, así como, emitir el fallo respectivo.

A diferencia de lo anterior, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, la investigación es dirigida por el Ministerio Público; debido a que, si tiene como función el decidir si formula o no imputación; y de haberlo hecho y continuado investigando, decidir si emite o no acusación en contra de una persona, entonces para garantizar la razonabilidad de sus decisiones, la misma debe descansar en las indagaciones que ha tenido que realizar: **investiga para decidir si acusa; y acusa de acuerdo con lo que ha investigado.**

En ese orden de ideas, cuando el Ministerio Público asume la dirección de la investigación, el instrumento o *file* que por excelencia deberá manejar es el **cuaderno o carpeta de investigación**. El mismo, es el legajo de documentos que se forma en el Ministerio Público que lleva adelante la investigación. En el mismo se adjuntan los documentos recibidos, las declaraciones, los pedidos de las partes, etc.

Asimismo, por el carácter inicial de sus indagaciones está mandado a realizar las diligencias de averiguación más urgentes e inaplazables; por ejemplo:

- Estudiar la escena del delito.
- Obtener la ficha de identificación de los presuntos responsables.
- Analizar el objeto, instrumentos o efectos del delito, por ejemplo, a través de las pericias.
- Tomar las declaraciones tanto del denunciante, el denunciado y si es posible la de un testigo presencial de los hechos materia de denuncia.

Finalmente, en este apartado comentaremos las más importantes diligencias de investigación inicial, para que, al finalizar el presente capítulo, estudiemos los pronunciamientos del fiscal cuando califica la denuncia a razón de lo obtenido durante la investigación preliminar.

1. Inspecciones

Mediante las inspecciones el fiscal puede comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (art. 192.2 del CPP). En tal virtud, la inspección, en cuanto al tiempo, modo y forma, se adecuará a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en que ocurrió; realizándose de manera minuciosa,

comprendiendo la escena de los hechos y todo lo que pueda constituir prueba material de delito (art. 193 del CPP). Igualmente, durante las inspecciones se podrá contar con la participación de testigos y peritos; disponiéndose que se levanten planos o croquis del lugar y se tomen fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa. Sin embargo, en los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación (art. 194 del CPP).

Doctrinalmente, la inspección es una técnica de investigación descriptiva sobre el estado que guardan lugares u objetos, instrumentos y productos del delito. Es materia de esta diligencia todo aquello que puede ser directamente apreciado por los sentidos. En esa tesitura se identifican las siguientes modalidades de inspección:

- **Inspección en el lugar de los hechos.-** la misma se da cuando, inmediatamente que se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, la policía se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará con el fin de preservar y procesar todos los indicios u objetos, instrumentos o productos del hecho delictuoso que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.

Este tipo de inspección, por lo general, es realizada por la Policía, por orden del Ministerio Público o bien de motu proprio cuando la urgencia del caso así lo justifique, dando cuenta de lo inspeccionado a la autoridad ministerial. No se requiere orden judicial para efectuar esta clase de inspección en la medida que no se afecte el derecho convencional a la inviolabilidad del domicilio; es decir, cuando la inspección se realiza, por ejemplo, en áreas públicas, como calles o parques.

- **Inspección en lugares distintos al del hecho.-** También se puede practicar una inspección en cualquier otro lugar diferente al del hecho, para descubrir indicios u objetos, instrumentos o productos del delito útiles para la investigación. En esa inteligencia, se observa lo anotado en los párrafos anteriores.
- **Inspección en lugares privados o cerrados.-** Esta modalidad opera en recintos particulares, como domicilios, despachos o establecimientos comerciales. Para que la inspección se realice, la Policía requiere

consentimiento del titular del recinto o de la persona que esté morando en el mismo y, ante su ausencia, de autorización judicial.

En cambio, cuando se pretenda ingresar a oficinas públicas, locales públicos, establecimientos militares, templos o sitios religiosos, establecimientos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados para habitación, es usual que la normativa respectiva prescinda del requisito de autorización judicial, siendo suficiente con el consentimiento expreso y libre de las personas a cuyo cargo estuvieren los locales. Sin embargo, si ello fuere perjudicial para el resultado procurado con el acto de inspección, los órganos de investigación podrán requerir el consentimiento del superior jerárquico en el servicio o al titular del derecho de exclusión. De no ser otorgado el consentimiento o no ser posible recabarlo, se podrá recurrir al juez para que emita la respectiva autorización.

Igualmente, existen supuestos que por la urgencia requieren la entrada rápida y oportuna a un lugar cerrado; por ejemplo: a) por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida, integridad física o seguridad de los habitantes o la propiedad; b) se denuncie el hecho de que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que no cuentan con la autorización correspondiente; c) por alguno de los supuestos de flagrancia delictiva; o, d) voces provenientes de un lugar habitado, dependencia o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan ayuda o auxilio.

- **Inspección corporal.**- Es usual que la Policía realice una inspección corporal siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con el delito que se investiga.

La no necesidad de autorización judicial se debe a que dicha modalidad de inspección está vinculada, usualmente, a alguno de los supuestos de la flagrancia o bien ante la razonabilidad de aquellos indicios que permiten suponer la necesidad de efectuar esta técnica de investigación; sin embargo, ello no impide cierto protocolo a la hora de practicarse la misma, por ejemplo, advertir a la persona acerca del motivo de la inspección, respetar su dignidad y pudor, así como garantizar la privacidad de la misma y que sea practicada por alguien del mismo sexo que el inspeccionado.

- **Inspección vehicular.-** La Policía puede registrar un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito. Sin embargo, se debe tener cuidado con el caso límite en torno a que el vehículo a registrar esté siendo usado con fines de morada o habitación (ejemplo, casa-remolque), o bien algún otro supuesto que justifique recurrir al juez para obtener autorización; en este escenario, la Policía podrá sellar y trasladar el vehículo al Ministerio Público para que este, con base en los indicios presentados, valore la procedencia de solicitar al juez de control la autorización para la inspección respectiva.
- **Inspecciones colectivas.-** Cuando la Policía realice inspecciones de personas o de vehículos, colectiva o masivamente, en el marco de la investigación de un delito, se debe velar por la legalidad del procedimiento, por lo que, toma mayor presencia la dirección del Ministerio Público.

Sin embargo, debe indicarse que, si bien no es muy frecuente la autorización judicial para la práctica de inspecciones, salvo en los supuestos de lugar cerrado, ello no impide que el afectado por tal diligencia recurra al juez de control, comunicándole que durante la práctica de la misma se afectaron, desproporcionalmente, sus derechos constitucionales, solicitando la respectiva tutela jurídica, que, en concreto, se ve materializada con la respectiva declaración de nulidad de la inspección efectuada.

a. La inspección corporal

Por intervenciones corporales, se entiende, según González Cuéllar, todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.

Puede decirse que las intervenciones corporales consisten en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero –testigo o víctima–, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la

autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial⁽¹⁵⁸⁾.

Partiendo de esta definición, cabe cualquier tipo de intervención en el cuerpo, que en el estado actual de la técnica se pueda realizar, siempre y cuando tiendan a la constatación de hechos importantes para la causa.

Con la práctica de estos actos de investigación es frecuente, que se lleve a cabo la restricción de algún derecho fundamental (como por ejemplo; el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad, etc.). Se produce así una tensión entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de las conductas punibles y la correlativa protección de dichos derechos que corresponde igualmente a ellos.

Frente a ello, se puede admitir la restricción de los derechos fundamentales, cuando dicha restricción obedezca a razones justificadas de interés general; como es el caso “del interés público de la investigación de un delito”. Pero no obstante, dentro de los requisitos que toda medida restrictiva de un derecho fundamental debe cumplir, se encuentra la exigencia de tipicidad procesal: *nulla coactio sine lege*, lo que supone, que la ley debe ser siempre escrita, en cuanto debe contener un auténtico mandato de determinación, en aras de evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, y previa, ya que una ley previa que la autorice es una garantía para la limitación del derecho protegido. Por lo tanto, toda medida o instrumento útil para el esclarecimiento de los hechos y que constituya de alguna manera una restricción o limitación de los derechos fundamentales de la persona ha de estar prevista y recogida en la ley.

b. El examen corporal

Por exámenes corporales invasivos se entiende a la obtención o extracción de sustancias que se encuentran dentro del cuerpo humano; en cambio, serán no invasivos cuando la sustancia a examinar se encuentra fuera del cuerpo humano. Ahora bien, en el caso del invasivo, si el mismo se va a practicar en la persona del imputado, se requiere de su consentimiento informado y sin menoscabar su salud e integridad física; si no se puede obtener, se requerirá autorización al juez de control, quien lo concederá atendiendo al cuidado en la salud y pudor del examinado, así como a los fines de la investigación.

(158) RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal de 2004, Análisis de la sentencia c-822 de 2005 de la Corte Constitucional colombiana”. En: *Revista Universitas*. N° 114, Bogotá, 2007, p. 229.

En cambio, si el examen invasivo se va a practicar en el ofendido u otra persona, también se requiere el consentimiento informado, aunque, en caso de negativa, se recurrirá al juez de control quien concederá audiencia a quien se negó a otorgar el consentimiento y decidirá lo que en derecho corresponda, en la inteligencia de que aquellos solo podrán ser sometidos a exámenes o intervenciones corporales con su expreso consentimiento⁽¹⁵⁹⁾.

2. Incautación de bienes

Siguiendo con el principio de concatenación de las diligencias de investigación, cuando a mérito de la inspección se encuentren bienes relacionados con el delito, estos podrán ser incautados en términos de lo que dispone el artículo 316.1 del CPP: “Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público”.

Para entender esta figura, es menester identificar, por lo menos, tres tipos de relaciones entre los bienes con el proceso penal:

2.1. Puede servir para el esclarecimiento de los hechos.- Así, cuando el bien constituye el objeto, el instrumento o los efectos del delito, entonces la utilidad que el mismo presenta para el proceso punitivo es informativo, esto es, sirven como **medios de prueba**.

En efecto, el bien constituye el objeto del delito cuando sobre el mismo ha recaído la conducta del sujeto activo. Por ejemplo, es la cámara fotográfica robada, el terreno despojado, el automóvil dañado, etc.

En cambio, el bien tendrá la calidad de instrumento del delito cuando es el medio empleado por el sujeto activo, con la finalidad de perpetrar su conducta delictiva. Así tenemos, el arma de fuego empleado, la dinamita usada, etc.

Igualmente, son los efectos del delito, las ganancias o beneficios que se obtienen a raíz de la comisión del hecho delictivo, como es el caso del dinero que se gana mediante la trata de personas o la venta de narcóticos.

(159) Al respecto, consúltese: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juez de control en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor, México, 2012, pp. 286-295.

En esa inteligencia, lo que corresponde es el dictado de una orden de incautación por parte del Ministerio Público; ello, porque el referido bien es útil para el esclarecimiento de los hechos, y como fuente de información se le debe preservar.

2.2. Puede servir para garantizar el futuro y probable reparación de los daños.- A diferencia de la hipótesis anterior, la importancia del bien no radica en la información tendiente al esclarecimiento de los hechos, sino a su valor económico que detenta en el mercado; y ello, porque la utilidad del bien es garantizar la futura y probable reparación de los daños.

En esa inteligencia, lo que haría el Ministerio Público, el ofendido o víctima es solicitar que el juez ordene el respectivo **embargo preventivo de bienes**. Por lo tanto, aquí lo que se observaría, no son las reglas del aseguramiento y devolución de bienes, sino las que corresponden a las medidas cautelares reales.

2.3. Cuando el bien ilícito pasara a dominio del Estado.- Aquí, la tendencia es crear un proceso especial tendiente a establecer el trámite que se requiere para que determinados bienes de procedencia ilegal pasen a dominio del Estado. Este proceso se realiza con independencia del proceso penal al que se someten los involucrados en la comisión del delito.

Por otro lado, la incautación tiene como objetivo el resguardo de los objetos relacionados con el hecho delictuoso y que puedan servir como medios de prueba.

Frente a ello, consideramos adecuado el separar la incautación con las medidas cautelares. Las cautelares buscan garantizar la eficacia de las investigaciones, proteger a la víctima o asegurar el pago de la reparación del daño. En cambio, la incautación, como resguarda aquellos bienes que constituyen el objeto, instrumento o efectos del delito, tiene una finalidad eminentemente probatoria; no se aseguran los bienes en función de su valor económico, sino porque posee información que coadyuvará a la búsqueda de la verdad histórica en el proceso penal.

En cuanto al trámite, los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto. Si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se

tomen bajo custodia y –si es posible– se inscribirá en el registro correspondiente. Si se trata de bienes inmuebles o de derecho sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva (art. 318 del CPP).

El bien incautado, si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron su adopción, si la Ley lo permite, puede ser:

- a) Devuelto al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor; o,
- b) Entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso.

En el primer supuesto, el importe depositado ocupa el lugar del bien; y, en el segundo, la medida requerirá que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones (art. 318 del CPP).

Si se alega sobre el bien incautado un derecho de propiedad de persona distinta del imputado o si otra persona tiene sobre el bien un derecho cuya extinción podría ser ordenada en el caso de la incautación o del decomiso, se autorizará su participación en el proceso. En este caso el participante en la incautación será oído, personalmente o por escrito, y podrá oponerse a la incautación (art. 318 del CPP).

Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, esta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. Las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario (art. 319 del CPP).

Finalmente, dictada una sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata. La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar –cuando corresponda– el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas (art. 320 del CPP).

3. Peritajes

Si de la inspección se ha incautado evidencia física relacionada con el delito, puede ser que sobre la misma se practiquen los respectivos peritajes, tendientes a obtener opiniones de los expertos en aquellos problemas que se le planteen. Así, el artículo 172.1 del CPP precisa que: “La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”.

Frente a ello, la pericia constituye un acto de investigación por excelencia, con el que se pretende obtener datos de trascendencia utilizándose conocimientos profesionales o prácticos de personas ajenas al proceso, a las que se les conoce como peritos, y de los que el Ministerio Público, como director de las investigaciones, carece.

La pericia aparece como una necesidad de la investigación que se origina con la finalidad de ilustrar al Ministerio Público de los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que requiere para su correcto entendimiento y le permita esclarecer determinadas circunstancias e inclusive un caso determinado.

Ahora bien, este acto de investigación se materializa en el informe escrito que el perito ha efectuado, previa realización del examen respectivo. Sin embargo, como acto de prueba, se requiere que el perito concurra a la audiencia del juicio oral a fin de que sea interrogado y contrainterrogado por las partes.

Por otro lado, durante la realización del peritaje, como acto de investigación, las partes pueden concurrir, trayendo consigo a sus consultores técnicos y pudiendo formular las aclaraciones del caso; ello en aras del respeto al principio de igualdad de armas y del derecho de defensa.

Terminado el peritaje, el perito debe elaborar su informe por escrito, el cual contendrá:

- a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.
- b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje.
- c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación con el encargo.

- d) La motivación o fundamentación del examen técnico.
- e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen.
- f) Las conclusiones.
- g) La fecha, sello y firma.

El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso (art. 178.2 del CPP).

Ahora bien, con relación a los peritos, estos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del operador y que es considerado necesario para decidir el caso⁽¹⁶⁰⁾.

La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de la misma, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general. Como se puede apreciar, el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conocimiento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso⁽¹⁶¹⁾.

Sin embargo, la especialización del perito no proviene solo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino de disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y posdoctorados en su respectiva disciplina.

(160) QUEZADA, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Conosur, Santiago, 1994, p. 360.

(161) DUCE, Mauricio. "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal". En: *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*. N° 5, México, 2006, p. 62.

Lewis distingue cuatro tipos de peritos⁽¹⁶²⁾:

- a) Aquel en el que el experto entrega una opinión sobre hechos directamente observados. Se trata de situaciones en que el perito observa hechos sobre los que declara pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto, por ejemplo tratándose de un experto en huellas digitales o balística.
- b) Aquel en el que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, es decir, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Típicamente se produce en casos en que el experto es confrontado con hipótesis de diversa índole en donde se le pida asuma como verdadero ciertos hechos que no ha tenido oportunidad de presenciar.
- c) Aquel en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa, aun cuando no estén relacionados necesariamente con hechos concretos o específicos del caso, como por ejemplo, cuando un perito es convocado a juicio para relatar acerca de los procedimientos adecuados para obtener conclusiones o realizar exámenes sobre determinados objetos, todo lo cual se hace para pesar credibilidad de otras pericias del caso.
- d) Aquel en el que el experto declara sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado. Se trata de declaraciones sobre hechos y no opiniones, pero que solo podrían ser entregadas por alguien que tiene conocimiento experto que lo habilita para percibir ciertos hechos, como por ejemplo, cuando un perito hace análisis microscópico de una sustancia mucosa encontrada en la víctima y afirma que dicha sustancia contenía espermatozoides.

Tal como señalaba, se puede apreciar que el énfasis central del aporte del perito esta dado por su capacidad de entregar opiniones al tribunal basadas en su experticia.

Finalmente, Roxin distingue tres formas de contribución de un perito⁽¹⁶³⁾:

- a) Cuando informa sobre principios generales de la disciplina.

(162) Cita tomada de: DUCE, Mauricio. Ob. cit., p. 63.

(163) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238.

- b) Cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales.
- c) Cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales.

4. Entrevistas

Cuando en el curso de la investigación se cuenta con la víctima, testigos (presenciales, referenciales o de identidad), así como, peritos, se pueden practicar entrevistas en torno a estos personajes, cuya información puede ayudar al esclarecimiento de los hechos.

Así, para Escobar, “la entrevista es una variante táctica coloquial de la averiguación, que tiende a lograr obtener datos, indicios e informaciones, mediante la aplicación de las técnicas de interrogatorio”⁽¹⁶⁴⁾.

Para Maccoby y Maccoby, “la entrevista es el intercambio verbal, cara a cara, entre dos o más personas, una de las cuales, el entrevistador, intenta obtener información de la otra u otras personas”⁽¹⁶⁵⁾.

Igualmente, Vanderbosch señala que “la entrevista es el proceso por medio del cual un oficial busca, obtiene y evalúa la información que le han proporcionado individuos que tienen conocimiento personal de los sucesos o circunstancias de un crimen”⁽¹⁶⁶⁾. El problema de la definición del citado jurista es que no comprende al abogado defensor quien también puede realizar una entrevista, ya sea en forma concurrente a la que está realizando la Policía o el Ministerio Público, o por su propia cuenta, es decir, el realizar sus propias entrevistas (particulares, privadas o extraoficiales).

Mucho más amplia es la definición brindada por la Academia de la Policía Nacional Civil de Guatemala, quien establece que la entrevista es “aquella reunión, en la cual una persona facilita información de forma consciente

(164) Escobar, Raúl Tomás. *El interrogatorio en la investigación criminal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 251. Ahora bien, cuando Escobar indica que en la entrevista se aplican las técnicas del interrogatorio, no lo hace en el entendido de equiparar ambas figuras, sino en la necesidad de seguir un orden a la hora de entrevistar, de planificar las preguntas, de evitar aquellas que coaccionen, engañen o atenten la dignidad del entrevistado, etc.

(165) Cita tomada de: SEGURA ORONICH, Andrés. *El imputado y el testigo ante el juez. Psicología del interrogatorio*. Cedecs, Madrid, 1998, p. 18.

(166) VANDERBOSCH, Charles. *Investigación de delitos*. Limusa, México, 1971, p. 220.

o inconsciente, a un investigador, conociendo o desconociendo la verdadera personalidad de este y la importancia de la información dada”⁽¹⁶⁷⁾.

Asimismo, para Yeschke, “la entrevista es el método principal para recabar evidencia testimonial. Las entrevistas son diferentes de los interrogatorios en el sentido de que sus objetivos difieren. La meta de la entrevista es recabar datos verídicos que se usarán para tomar una decisión informada y para entrar en acción. Un interrogatorio, por otro lado, es una reunión cara a cara con un sujeto con el objetivo claro de obtener una admisión o una confesión en la violación real o aparente de la ley o política”⁽¹⁶⁸⁾.

Para los juristas colombianos Cadena y Herrera, “la entrevista además de tener la característica de informativa, sirve para recolectar datos antecedentes o concomitantes o posteriores al hecho objeto del debate, con el fin de preparar al futuro testigo que relatará los hechos dentro del juicio oral y público. Así, el fin de la entrevista es recolectar datos dentro de los roles que tienen los intervinientes en el juicio oral y público”⁽¹⁶⁹⁾.

Para nosotros, **la entrevista es una técnica de recolección de datos sobre un hecho materia de indagación, la cual es realizada durante la etapa de investigación, pero que solamente tiene un valor referencial o informativo.**

Como técnica de recolección de datos, la entrevista es una herramienta científica tendiente a la obtención de información, esto es, datos de prueba sobre un hecho que se está investigando. Para cualquier caso que se investigue, la entrevista es la técnica más importante de una investigación. Los que están involucrados en resolver este tipo de caso dedicarán más tiempo a esta actividad que a cualquier otra técnica investigativa.

(167) Academia de la Policía Nacional Civil. *Metodología policial*. Edición Guatemala, Guatemala, 1999, p. 25.

(168) YESCHKE, Charles. *Técnicas de la entrevista y el interrogatorio para funcionarios policíacos y ministeriales*. Limusa, México, 2006, p. 60. Nos apartamos en un tanto con la opinión de Yeschke, en el sentido de que la diferencia fundamental entre la entrevista y el interrogatorio, es que el primero es no conminatorio, de valor informativo y realizado en la etapa de investigación; en cambio, el segundo es conminatorio, realizado en la audiencia del juicio oral o en la audiencia de prueba anticipada, y sí presenta valor probatorio.

(169) CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. *Técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*. 2ª edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008, p. 91.

Asimismo, la entrevista es realizada durante la etapa de investigación ya sea por la Policía, el Ministerio Público o el abogado defensor, sobre la base de una serie de preguntas que se hacen a una persona o varias personas con la finalidad de obtener información o datos de prueba sobre un hecho o un caso que se está investigando; así las personas que más frecuentemente se entrevistan son: el denunciante, pues lógicamente tendrá que facilitar la información sobre los hechos que denuncia y que él ya conoce; la víctima o víctimas, pues tendrán que relatar los hechos apreciados, así como cualquier otra circunstancia que pueda ayudar al esclarecimiento de lo ocurrido; los testigos con la misma finalidad que a las víctimas; al presunto responsable, a fin de que pueda él dar su personal versión de los hechos; e incluso a los peritos, ya sea antes de que realicen su peritaje –para conocer lo que van a hacer– o después –para una explicación personal de su examen, a fin de que se aclare, se ahonde, se corrija, etc.–

Y ya se adelantó, que la finalidad de la entrevista es reunir datos de prueba durante la etapa de investigación; recordemos que este tipo de datos giran en torno a información conseguida por medios no desahogados en la audiencia del juicio oral o de prueba anticipada, como es el caso de una entrevista. En ese sentido, los datos de prueba obtenidos mediante esta figura, son incorporados a la carpeta de investigación que está a cargo del Ministerio Público y permite fundar las decisiones que esta autoridad ministerial puede tomar durante la etapa de investigación.

Finalmente, tal entrevista no puede ser calificada como prueba que funde una sentencia –salvo excepciones– debido a que la ley, les otorga a tales diligencias de investigación un valor meramente informativo o referencial. En tal virtud, el valor informativo significa que la entrevista solamente es útil como técnica de recolección de datos y no para que se funde una sentencia condenatoria o absolutoria. Es decir, para que los sujetos procesales, durante la etapa de investigación, tengan referencias del hecho que se está investigando; referencias de lugar, fecha, personas, objetos, etc., para el mejor entendimiento de los hechos y así prepararse ante un eventual juicio oral.

5. Reconocimientos

De las entrevistas, se puede identificar aquellas personas que puedan reconocer al probable autor o partícipe de los hechos de la noticia criminal, así como, a la víctima de los mismos. Al respecto, el artículo 189.1 del CPP indica que: “Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza, previamente describirá a la persona aludida.

Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto de donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es”.

En tal virtud, la intervención de testigos o de la víctima durante las investigaciones es de trascendencia, pues van a aportar información que permita al Ministerio Público tener una mejor convicción de lo sucedido y así fundamentar sus pronunciamientos; este es el caso, por ejemplo, del reconocimiento sobre la persona del imputado que realice un tercero.

Ahora bien, el CPP regula un supuesto de reconocimiento, el realizado por aquel que, por su declaración, ha generado sospecha sobre si en realidad conoce o no a la persona del imputado; por lo que, se justifica la necesidad de presentarlo, a fin de que proceda a identificarlo o establecer que quien la menciona efectivamente lo conoce o lo ha visto.

Para la diligencia de reconocimiento se requiere que, previamente, quien va a efectuar el reconocimiento realice una descripción física de la persona a reconocer, precisando sus características (tamaño, edad aproximada, color de piel, color de cabello, el aspecto corpóreo o alguna seña física particular o forma de caminar e incluso, el tono de voz).

En la diligencia misma, la autoridad quien lo dirige, ordenará la concurrencia de determinado número de personas que tienen características similares a las indicadas previamente entre las cuales se ubicará el imputado.

Una vez que, quien va a efectuar su reconocimiento persiste en su declaración anterior y, en concreto, si conocía a la persona del imputado (antes de la ejecución del hecho, en el mismo momento de la ejecución o con posterioridad al mismo), participará en la realización del reconocimiento en rueda, a fin de determinar si entre las personas que se le pongan en frente puede reconocer a la persona imputada por el delito.

Obviamente, se tomarán las medidas de seguridad necesarias a fin de que la persona que procede al reconocimiento no sea observada por el imputado.

Igualmente, está permitido el reconocimiento por fotografía, dado que, constituye un medio de investigación fundamental, por ejemplo, en las primeras indagaciones policiales; el cual, se ve complementado con la declaración de la persona que está efectuando el reconocimiento. Se practicará con

la fotografía de la persona a reconocer junto con otras semejantes de distintas personas; observándose las reglas señaladas en los artículos anteriores.

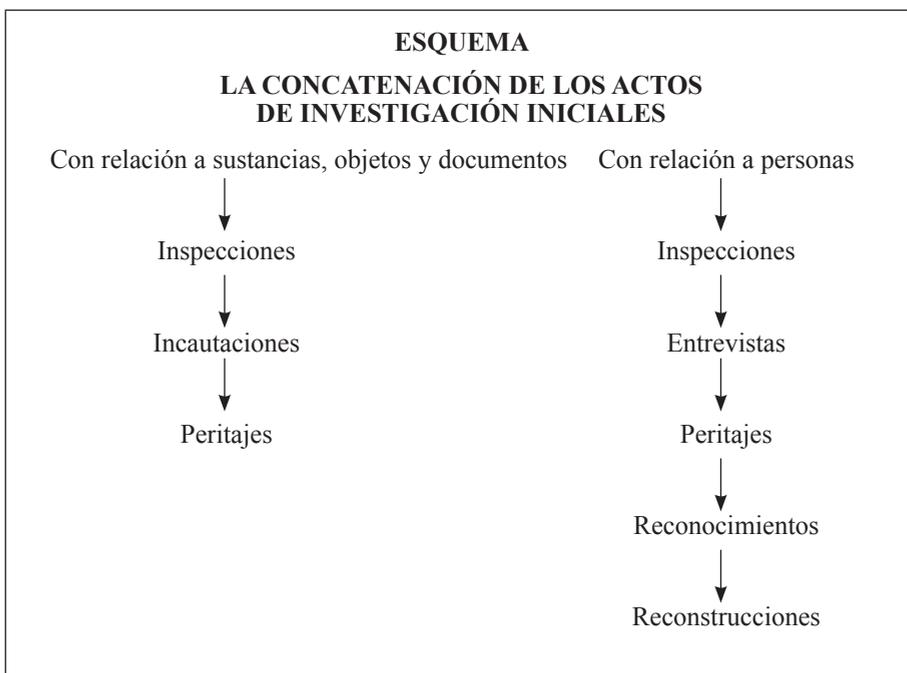
Finalmente, para la eficacia de las investigaciones, no solamente es suficiente el reconocimiento que terceros realizan a la persona del imputado, sino también de aquellos objetos, instrumentos o efectos vinculados con la comisión de un delito. Asimismo, también pueden darse reconocimiento de voces, sonidos y toda percepción sensorial, debiéndose levantar el respectivo registro, documentándose mediante fotografías, videos, grabaciones, u otros instrumentos o procedimientos adecuados.

6. Reconstrucción del hecho

De acuerdo con el artículo 192.3 del CPP: “La reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible”.

Como acto de investigación es el fruto que el fiscal puede obtener a raíz de las inspecciones, peritajes y entrevistas realizadas.

No obstante, si bien reconocemos las dificultades de repetir o aproximarse a aquellas condiciones de tiempo, modo, y en algunas ocasiones de lugar, por las cuales se desarrollaron los hechos atribuidos al imputado; jamás discutiríamos la importancia de la técnica de investigación de la reconstrucción de hechos, tanto para la fiscalía como para la defensa, dado que, el laboratorio de la repetición permitiría una mejor comprensión de la dinámica de lo ocurrido; claro está que las dificultades antes señaladas pueden estar presentes cuando la reconstrucción haya sido ofrecida y admitida para que lo realice el tribunal de juicio oral, aunque sus beneficios, se insiste, son indiscutibles.



II. LAS DECISIONES DEL FISCAL

Al término de las diligencias de investigación inicial, el Ministerio Público tiene que tomar una decisión, la cual impactará en la calificación de la denuncia, pero esta vez a mérito de lo obtenido durante las indagaciones.

Así, y como se indicó en el capítulo segundo, las decisiones del fiscal, luego de iniciar la investigación, se pueden agrupar en positivas y negativas.

Son positivas, aquellas que implican proseguir con el proceso a través de la formalización de la investigación preparatoria o bien requerir al juez que inicie el proceso inmediato. En cambio, son negativas aquellas que tienen como denominador común: la no continuación del proceso punitivo; así tenemos: el archivo de las actuaciones, la reserva provisional de la investigación y la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora bien, antes de empezar a comentar estas figuras, se debe recordar que estamos, no en la calificación inicial de la denuncia, sino en la segunda calificación que realiza el fiscal, esto es, luego de abrir la investigación vuelve a

examinar el contenido de la noticia criminal pero esta vez a razón de lo que se ha obtenido con la investigación preliminar.

1. Formalización de la investigación preparatoria

De conformidad con el artículo 336.1 del CPP: “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”.

De lo señalado por la norma legal se aprecia que las diligencias de investigación iniciales han arrojado suficientes datos de prueba para judicializar el caso ante el juez de la investigación preparatoria. Es decir, que el fiscal puede confirmar su hipótesis de trabajo en torno a la relación de los hechos principales de su caso con los elementos de un determinado tipo penal y la no presencia de excluyentes del injusto, así como, la actualización de los requisitos de procedibilidad que marca la ley, como por ejemplo: la individualización del imputado o que la acción penal no ha prescrito.

Luego, la formalización de la investigación preparatoria implica, para el fiscal, la no alteración del carácter delictuoso de los hechos que conoció cuando calificó, de manera inicial, la denuncia; y aún más: que cuenta con indicios con que sustentarlo; por lo que está preparado en comunicar los frutos de su investigación en términos del artículo 3 del CPP y someterse a los efectos jurídicos que señala el artículo 339 del CPP.

Ahora bien, otra consecuencia jurídica a la que se somete el fiscal cuando formaliza la investigación preparatoria es el de supeditarse al plazo de conclusión de su investigación fijado en el artículo 342 del CPP, el cual, al término del mismo deberá emitir su acusación u otro pronunciamiento que estime pertinente. En tal virtud, si el fiscal no da por concluida su investigación, entonces lo hará el juez de la investigación preparatoria de acuerdo con el artículo 343 del CPP.

Por otro lado, a pesar de que el fiscal ha formalizado la investigación preparatoria, el artículo 337 del CPP, le permite que continúe desarrollando aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la ley, no pudiendo repetir los actos de investigación inicial, salvo su ampliación

siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

Ello es importante resaltar, porque si se maneja una teoría del caso desde la investigación inicial, entonces su formalización deviene en su complemento, esto es, continuar perfeccionando la hipótesis de trabajo con diligencias faltantes a realizar, pero que no implican descubrir recién el núcleo típico de la conducta del imputado, ello ya se infirió, porque de lo contrario no se hubiera dictado la Disposición de Formalización en términos de lo que dispone el artículo 336 del CPP.

También los actos de investigación pueden servir para corregir aquellas diligencias iniciales que padecen un grave defecto de realización (por ejemplo, si se entrevistó al imputado sin su defensor, se podrá volverlo hacer, pero esta vez con presencia de este último; o bien, el solicitar autorización judicial para la intervención de comunicaciones, porque las primeras grabaciones fueron hechas sin tal permiso); como se aprecia esta corrección puede ser la respuesta jurídica ante la prueba ilícita; pero es una corrección que implica volver a efectuar la diligencia esta vez observando los derechos fundamentales y asumiendo las consecuencias del volverlo a repetir en un escenario de tiempo y lugar diferente a cuando se practicó por primera vez, lo cual nos lleva al terreno de la utilidad probatoria.

Finalmente, la investigación formalizada puede servir para verificar nuevos elementos de convicción que se han incorporado. Por ejemplo, la defensa aporta sus propios datos de prueba a la carpeta de investigación, lo que conlleva que el fiscal examine la nueva línea de información que se haya podido presentar.

RECUERDA

El fiscal formalizará la investigación preparatoria cuando cuente con indicios en torno a la delictuosidad de los hechos, se ha individualizado al probable autor y la acción penal no ha prescrito; y puede aprovechar tal formalización para subsanar aquellas diligencias de investigación que presentan un grave defecto, o bien para verificar nuevos elementos de convicción que se han incorporado. Si el fiscal no requiere de la subsanación ni de la verificación, entonces podrá requerir el inicio del proceso inmediato.

2. Requerimiento de inicio del proceso inmediato

El proceso inmediato es un tipo de proceso especial, al darse una situación extraordinaria que conlleva la abreviación del proceso penal, en este caso, al no desarrollarse las fases de investigación preparatoria e intermedia.

En efecto, al darse una situación de flagrancia delictiva, o bien la confesión del imputado, o bien cuando el fiscal, en mérito de las diligencias de investigación iniciales o preliminares, ha obtenido los elementos de convicción necesarias, requerirá al juez de la investigación preparatoria el inicio del proceso inmediato, el cual, si es concedido, conllevará que el fiscal formule acusación y, luego, al ser remitido los autos al juez penal (unipersonal o colegiado), el mismo dictará, acumulativamente, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio, estando los autos listos a ser pasados a la audiencia de juicio oral (arts. 446 al 448 del CPP).

Como se puede apreciar, el proceso inmediato es una figura, por medio del cual el fiscal, en forma unilateral y sin afectar el derecho a la defensa, de la investigación preliminar, y cuando aparezcan suficientes elementos que le permitan formular acusación, requerirá el inicio de este proceso especial, tornando innecesaria la investigación preparatoria o su continuación.

En ese sentido, el proceso inmediato tiene por finalidad la simplificación y celeridad del proceso, en los que el fiscal, no requiera de mayor investigación para concretar los cargos, y busca evitar que la investigación preparatoria se convierta en un procedimiento burocrático, rutinario e innecesario, cuando están dadas las condiciones para formular acusación.

Con este nuevo proceso penal se podrá emitir sentencia en un plazo más breve en caso de delitos flagrantes y en los demás supuestos que ha establecido el Código Procesal Penal, cuyo trámite se reducirá a solo siete pasos:

- a) Recibimiento del informe policial o realización de las diligencias de investigación iniciales.
- b) El requerimiento fiscal de inicio del proceso inmediato.
- c) La decisión del juez de la investigación preparatoria sobre la aplicación del proceso inmediato.
- d) La acusación fiscal.
- e) Auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

- f) El juicio oral.
- g) La sentencia.

Todo esto de una manera oral y, por lo tanto, mucho más rápida.

Con ello se busca también que el sistema esté en la capacidad de dar pronta solución a los conflictos que surgen del delito, así como racionalizar la carga de trabajo de las unidades fiscales y jurisdiccionales, de modo que ingrese a juicio aquello que sea estrictamente necesario en función de su gravedad, importancia y relevancia social.

En efecto, se busca hacer más eficiente el servicio de fiscalías y órganos jurisdiccionales en la medida en que estos filtros o salidas tienen el propósito final de ofrecer una solución al conflicto que surge del delito sin que sea necesario su recorrido por el proceso penal común en todas sus etapas⁽¹⁷⁰⁾.

Asimismo, el proceso inmediato no solo tiene una inspiración de naturaleza económica, es decir, no solo persiguen el ahorro de tiempo y de recursos humanos, materiales y financieros en las instituciones del sistema penal, sino que está inspirado principalmente en la necesidad de fortalecer la posición de las personas agraviadas por el delito a través de fórmulas expeditas de solución del conflicto penal.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 447.1 del CPP, el fiscal se dirigirá al juez de la investigación preparatoria formulando el requerimiento o solicitud de proceso inmediato.

En ese sentido, el texto adjetivo no exige formalidades en el contenido de este requerimiento, solo la indicación de que se ha configurado alguno de los supuestos de procedencia del proceso inmediato a los que ya se han hecho referencia.

Sin embargo, el CPP establece que el requerimiento del Ministerio Público debe estar respaldado por los actuados que obran en el expediente fiscal que

(170) La ausencia de mecanismos de selección de casos es una de las características de los modelos inquisitivos. En efecto, en el modelo inquisitivo el proceso penal busca, esencialmente, imponer la sanción luego de descubrir la verdad sobre los hechos y su autor. No es un fin del proceso inquisitivo resolver el conflicto entre víctima y agresor. Por esta razón, se concibe el proceso como una serie de pasos de inevitable realización en orden al descubrimiento de la verdad, donde se enfatiza y sobrevalora la fase de instrucción. La falta de mecanismos de selección es una de las principales causas de sobrecarga y dilación procesal en los modelos de inspiración inquisitiva.

acrediten la detención del imputado en flagrancia delictiva, o su confesión corroborada con otras evidencias, o las diligencias de investigación que acompañadas con la declaración del imputado, adviertan la presencia de suficientes evidencias que hacen innecesaria la continuación de las investigaciones, y por el contrario, que la fiscalía está apta para formular acusación y, con las resoluciones judiciales previas, dejar expedita el proceso para la audiencia del juicio oral. Esto significa que la viabilidad probatoria de la teoría del caso del fiscal no solamente está confirmada, sino que se han obtenido suficientes elementos de convicción que permite pasar el caso a la fase de juicio oral, a través de la presentación de la respectiva acusación.

Asimismo, el artículo 447.1 del CPP permite que el fiscal a la hora de requerir al juez el inicio del proceso inmediato también solicite la aplicación de medida de coerción en perjuicio del imputado.

Así, por ejemplo, si el fiscal advierte la presencia de peligro de fuga o bien el peligro de ocultamiento o destrucción de las evidencias, puede solicitar la imposición de prisión preventiva. O, en otro supuesto, si advierte que, a pesar de la presencia de estos peligros, el imputado adolezca de enfermedad grave e incurable, es mayor de 65 años de edad, sufre de alguna incapacidad física permanente, o bien está embarazada, puede solicitar al juez el arresto domiciliario. O bien, puede solicitar medidas de coerción personales menos graves como es el caso del impedimento de salida.

El multicitado artículo 447.1 del CPP indica que el requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. A continuación, se comentará ambos supuestos.

2.1. Al culminar las diligencias preliminares.- En principio, cuando el Ministerio Público toma conocimiento de la presunta comisión de un delito –donde el ejercicio de la acción penal es de carácter pública– tiene que reunir los elementos básicos que forme convicción que se está ante un **caso probable**, y comunicarlo al juez (ya sea mediante la formalización de la denuncia, en el sistema procesal que se adscribe el Código de Procedimientos Penales 1940, o bien, la formalización de la investigación preparatoria, según el sistema procesal en la que se encuentra el Código Procesal Penal de 2004); es decir, de un caso donde probablemente reúna los elementos configuradores de un ilícito penal.

Sin embargo, no se le exige al fiscal que posea toda la información que sustente su pretensión acusatoria; por el contrario, solo le es necesario el contar con indicios básicos con relación a la presencia de un hecho que escapa del mero acontecer fortuito y que reviste el carácter de injusto penal. Para ello, se aconseja el desplegar, por parte del fiscal, una estrategia de investigación –o como en Colombia se dice, un planteamiento metodológico– que le oriente en sus indagaciones.

Al respecto, en el sistema normativo en el que se adscribe el Código de Procedimientos Penales de 1940, no se han dado detalles sobre el cómo deben desarrollarse las diligencias preliminares; solamente se cuenta con lo indicado en el artículo 94 inciso 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que a la letra dice: “(...) Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. Al finalizar el atestado policial sin prueba suficiente para denunciar, el Fiscal lo declarará así; o cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor como se deja establecido en el presente artículo”.

Como se puede apreciar no se da tan siquiera los lineamientos básicos de cómo deben desarrollarse las diligencias preliminares a fin de que el fiscal decida si ejerce o no la acción penal.

Por otro lado, en lo que respecta a la Ley N° 27934, modificada por el Decreto Legislativo N° 989, que regula la intervención del Ministerio Público y la Policía en la investigación preliminar del delito, solo hace alusión a las diligencias de investigación que puede realizar la Policía –las cuales, serán mencionadas en la respuesta a la siguiente pregunta–, así como la solicitud de detención preliminar, así como, su convalidación judicial, solicitada por el fiscal al juez penal, que también será tratada más adelante.

Por el contrario, el Código Procesal Penal de 2004 señala que el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. En ese sentido, el citado texto procesal estructura las diligencias preliminares de la siguiente forma:

- **Dirección:** Ministerio Público.
- **Formas de realización.-** El Ministerio Público realiza las diligencias de investigación preliminares por sí solo, o bien, con la colaboración de la Policía. En el caso de investigaciones delegadas por el fiscal a la Policía, esta última puede citar a las personas hasta por tres veces.
- **Objetivo.-** Determinar si formaliza o no la investigación preparatoria.
- **Diligencias a realizar.-** Se realizan las diligencias o actos de investigación más urgentes o inaplazables destinados a determinar: a) si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión; y, b) individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.
- **Incluye el estudio de la escena del delito.-** El fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito.

2.2. Al formalizarse la investigación preparatoria, el fiscal tiene 30 días para solicitar el inicio del proceso inmediato.- Tomando en cuenta el Código Procesal Penal de 2004, una vez que se han realizado las diligencias iniciales o preliminares de investigación, y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el fiscal 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.

Esto significa que el fiscal emitirá la **Disposición de formalización de la investigación preparatoria**, que como se indicó, deberá contener:

- 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; y,
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

Asimismo, el fiscal, sin perjuicio de su notificación al imputado, comunica la disposición de formalización al juez, adjuntando copia de la citada disposición.

Sin embargo, esta potestad del fiscal en decidir formalizar o no la investigación preparatoria, se convierte en **obligatorio**, cuando:

- a) Deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias;
- b) Pretenda la actuación de prueba anticipada; o
- c) Requiera la imposición de medidas coercitivas.

Además, la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, el fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial; es decir, y eso lo veremos al final de este acápite, cuando estaba en fase de diligencias iniciales o preliminares de investigación, el fiscal estaba facultado, según las resultas de sus diligencias, en archivar todo lo actuado; no obstante, si se decide por formalizar la investigación preparatoria, y para ello comunica su disposición al juez, será este último quien decida sobre el sobreseimiento (o archivo judicial) de la causa.

Por otro lado, las características de la investigación preparatoria son:

- Su inicio es decisión del Ministerio Público. Se inicia cuando el fiscal emite la **Disposición de formalización de la investigación preparatoria**.
- Su término, en principio, es decisión del Ministerio Público, cuando estima haber cumplido con los objetivos de la investigación; para ello, el fiscal emite la **Disposición de conclusión de la investigación preparatoria**. Sin embargo, y dentro del marco del respeto de los principios y garantías procesales, si habiéndose vencido el plazo procesal para investigar, el fiscal aún no ha dado por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden recurrir al juez, quien, previo control del plazo procesal durante la celebración de una audiencia, puede dar por concluida esta fase procesal emitiendo el respectivo auto.

- El director y responsable de su realización es el Ministerio Público.
- Tiene un plazo de duración de cuatro meses, prorrogables por el fiscal, a dos meses más. Sin embargo, si la investigación es compleja, la misma puede durar hasta ocho meses, siendo prorrogables por el juez a ocho meses más. Sin embargo, cabe precisar que los veinte días que el CPP señala para la realización de las diligencias iniciales o preliminares de investigación, no se computan, no forman parte, del plazo procesal de cuatro meses (y su ampliación) que la norma de 2004 fija para la investigación preparatoria propiamente dicha; esta distinción, ya ha sido establecida por una sentencia casatoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.
- Es reservada, sus actuaciones no tienen acceso a personas ajenas a la investigación preparatoria.
- Es informal, porque el fiscal estructura la investigación preparatoria en torno a la teoría del caso que ha formulado.
- Es oral, donde los escritos e informes se reemplazan por audiencias y actas. Sin embargo, en vez de un **expediente judicial** en esta etapa procesal se contará con un **expediente fiscal**.

Finalmente, y volviendo al tema del proceso inmediato, una vez que el fiscal ha emitido la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, tendrá treinta días para decidir y presentar la solicitud o requerimiento de inicio del proceso inmediato. En ese sentido, se considera que el plazo de 30 días que la ley establece se debe al hecho de estimar que el fiscal obtenga, o bien la confesión del imputado más las evidencias inculpatorias complementarias, o bien, las suficientes evidencias, juntamente con la declaración del investigado, que justifique el inicio del proceso inmediato. En ese orden de ideas, si se ha dado el supuesto de detención por flagrancia es obvio que el fiscal no tiene por qué esperar hasta la formalización de la investigación preparatoria con sus 30 días para requerir el inicio del proceso inmediato.

3. Archivo de las actuaciones

De acuerdo con los artículos 122 numeral 2) letra a), 134 numeral 2), 334 numeral 1) y 335 numeral 1), todos del Código Procesal Penal de 2004, el fiscal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando, después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que: 1) el hecho

denunciado no constituye delito; 2) no es justiciable penalmente, o 3) se presentan causas de extinción previstas en la Ley.

En tal virtud, el fiscal declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Claro está, que para salvaguardar los derechos de los sujetos procesales, la mencionada Disposición se notificará al denunciante y al denunciado.

Ahora bien, cómo entender que de una calificación inicial positiva de la denuncia, que originó se abra investigación, ahora se pase a una disposición de archivo. La respuesta, la encontramos en las siguientes variables que a continuación expondremos:

1. Se inició investigación porque el fiscal tenía duda en torno a la delictuosidad de los hechos, lo cual originó desplegar actividad esclarecedora. En efecto, en el capítulo segundo se indicó que la fiscalía debe identificar los hechos principales de la noticia criminal y contextualizarlos con los hechos secundarios; y si de tal operación existiese duda en torno al carácter delictivo de los hechos o bien de la actualización de algún excluyente, entonces la fiscalía debía optar por iniciar investigación y esclarecer la cadena fáctica.

Sin embargo, si de los actos de investigación preliminares, el fiscal se convence de la no presencia de un injusto penal, entonces podrá archivar las actuaciones; y si el denunciante impugna judicialmente tal disposición, entonces el juez podrá analizar las actuaciones de investigación que desplegó el agente del Ministerio Público y confirmar (o revocar) su decisión de archivo (art. 334.2 del CPP). En tal caso, la fiscalía decidió archivar porque los actos de investigación preliminares no confirmaron la noticia criminal, no habiendo razón de haber formalizado la investigación preparatoria.

2. Se inició investigación porque se contaba con una teoría del caso confirmativa, desarrollada en el capítulo tercero, pero en el transcurso de las diligencias de investigación, surgió un hecho o dato de prueba nuevo que impacta en el carácter delictuoso de los hechos.

A diferencia de la situación anterior, aquí el fiscal decidió abrir investigación, no porque tenía duda en torno al carácter delictuoso de los hechos o de la actualización de algún excluyente; todo lo contrario, tiene convicción de su decisión dado que cuenta con una hipótesis de trabajo dada por la teoría del caso, por lo que, desplegó las diligencias de investigación a fin de confirmar tal hipótesis. Sin embargo, el conocimiento de un hecho inicialmente

desconocido o la incorporación de nuevos elementos de convicción originaron que se modifique por completo la hipótesis de trabajo y, por el contrario, se incline en la actualización de alguna de las tres causales mencionadas en el artículo 334.1 del CPP. Por ejemplo, que en el transcurso de las indagaciones el indiciado fallece o prescribe la acción penal.

Asimismo, este segundo escenario se puede presentar producto de una intervención legislativa que descriminaliza la conducta investigada o le afecta con una causal de cancelación de punibilidad.

Ahora bien, también por este escenario de archivo, el denunciante puede impugnar judicialmente ante el juez, de conformidad con el artículo 334.2 del CPP; en tal virtud, el juzgador deberá valorar si el hecho o dato de prueba nuevo, o bien la intervención del legislador justifica la disposición de archivo ordenada por el Ministerio Público.

Finalmente, la impugnación judicial no es el único recurso del denunciante ante la disposición de archivo, sino que cuenta con la reclamación ante el fiscal superior, dentro del plazo de cinco días; donde este se pronunciará dentro del quinto día, pudiendo ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda (art. 334.6 del CPP).

4. Reserva provisional de la investigación

Anteriormente se indicó que, por mérito del artículo 328.1 del CPP, el denunciante no requiere de precisar al probable autor o partícipe de los hechos presuntamente delictivos; por el contrario, es labor de la fiscalía el identificarlos a través de las diligencias de investigación. Sin embargo, si a pesar de que se desplegó una estrategia de investigación, no ha sido posible identificar al probable interviniente en los hechos, entonces la fiscalía deberá disponer la reserva provisional de las investigaciones, encargando a la Policía que continúe con la identificación y búsqueda de este sujeto.

Al respecto, el artículo 334.3 del CPP precisa que: “En caso que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la Policía para tal fin”.

Para graficarlo, emplearemos los robos de automóviles o de celulares, donde la víctima no puede identificar al autor del mismo, reservándose provisionalmente la investigación, hasta que aparezcan nuevos datos de prueba que completen la cadena fáctica en lo referente al probable interviniente de los hechos delictuosos.

Asimismo, cuando parezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante (art. 334.4 del CPP). El recurrente ejemplo es la constancia de **sin fondos** en el delito de libramiento indebido.

Finalmente, en contra de la disposición de reserva procede el control interno, esto es, la reclamación ante el fiscal superior (art. 334 numerales 5) y 6) del CPP). Los citados numerales no hacen mención de la impugnación ante el juez.

5. Aplicación del principio de oportunidad

El artículo 2 CPP indica que:

- “1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:
- a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.
 - b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
 - c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.
4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.
5. Si el fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo”.

Al respecto, en 1987, el actual magistrado del Tribunal Supremo de Justicia español, Enrique Bacigalupo señaló que existen razones de Política Criminal, en orden al interés público, de perseguirse penalmente solo determinados delitos y permitir sobreseer los casos considerados de pequeña criminalidad, como una consecuencia del agotamiento de las posibilidades del sistema de justicia penal⁽¹⁷¹⁾. Años después, el Consejo de Ministros de Europa recomendó, en el ámbito del proceso penal que, conjuntamente con la instauración de la investigación preliminar –sustitutivo de la instrucción–, se incorporen una

(171) BACIGALUPO, Enrique. “Descriminalización y prevención”. En: *Revista del Poder Judicial*. N° II, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1987, p. 13.

serie de mecanismos o procedimientos simplificados a fin de superar los obstáculos que agobian al sistema penal tradicional⁽¹⁷²⁾.

De lo indicado en el párrafo anterior, se colige que, ante la problemática de la sobrecarga procesal del sistema de justicia penal, es labor del Estado el brindar el o los mecanismos que permitan la reducción de los niveles de casos existentes en el sistema⁽¹⁷³⁾. Es en este contexto donde se justifica la aplicación de los criterios de oportunidad, es decir, criterios de selección y depuración de aquellos casos que serán ventilados en el órgano jurisdiccional cuando el Ministerio Público decida ejercer la acción penal; pero esta selección no gira en torno a si existen o no indicios sobre la presunta comisión de un hecho delictivo; al contrario, partiendo el Ministerio Público que los hechos que ha tomado conocimiento son delictivos, pero por su falta de gravedad o por la colaboración del indiciado o por la presencia de otros mecanismos de solución al conflicto penal, decide abstenerse de ejercer la acción penal, previa reparación de los daños generados por la comisión del ilícito penal.

Para, Gimeno Sendra, el principio de oportunidad es la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado⁽¹⁷⁴⁾. Para nosotros, los criterios de oportunidad son aquellos mecanismos de carácter procesal que buscan evitar el inicio de procesos penales innecesarios o se archiven los ya iniciados, bajo determinados supuestos preestablecidos en la ley. De esta forma su utilidad se ve reflejada ante la congestión tanto procesal como carcelaria que son pilares de la actual crisis de la justicia penal. En palabras de Delgado Barrio, los criterios de oportunidad son la expresión del fracaso de instituciones tan importantes en un Estado de Derecho, como son el proceso penal y los establecimientos penitenciarios⁽¹⁷⁵⁾.

(172) SÁNCHEZ VELARDE, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 361.

(173) Dos son las posibles respuestas que el Estado puede formular ante la crisis de la congestión y sobresaturación del sistema de justicia penal: a) mecanismos que depuren o seleccionen aquellos casos que serán de conocimiento del órgano jurisdiccional (como son los criterios de oportunidad); y/o b) mecanismos que aceleren la respuesta del órgano jurisdiccional, una vez que ya ha tenido conocimiento de los hechos (como son los llamados procedimientos simplificados, como el proceso abreviado, o bien la figura de la terminación anticipada del proceso).

(174) GIMENO SENDRA, Vicente. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitoreo)”. En: *Revista del Poder Judicial*. N° Extra II, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1988, p. 31.

(175) DELGADO BARRIO, Javier. “El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”. En: *Revista Actualidad Penal*. N° 15, Actualidad editorial, Madrid, 1990, p. 148.

Ahora bien, en el Derecho comparado es posible identificar dos modelos de aplicación de los criterios de oportunidad. Por un lado, aquel que lo considera como un mecanismo alternativo de resolución del conflicto penal; de acuerdo con este modelo, para la aplicación de la figura en estudio se requiere el pago de la reparación de los daños. En cambio, tenemos un segundo modelo que diseña los criterios de oportunidad como un mecanismo de política criminal tendiente a la selección de aquellos casos que, por su insignificancia, el órgano ministerial puede abstenerse de perseguirlos, y de esta forma centrar sus recursos en aquellos que sí afectan gravemente el interés público; de acuerdo, con este segundo modelo, son los criterios de interés público, necesidad de pena y eficacia de la persecución penal lo que determina al Ministerio Público el aplicar o no un criterio de oportunidad señalado en la ley, y no la reparación de los daños. En esa inteligencia, el Perú, sigue el primer modelo mencionado; en cambio, México observa la segunda tendencia⁽¹⁷⁶⁾.

Igualmente, debemos diferenciar el principio de oportunidad con el acuerdo reparatorio, previsto en el artículo 2.6 del CPP, dado que, no nos encontramos ante una decisión de la fiscalía, sino ante la conciliación de los intereses en pugna por parte del indiciado con la víctima.

Ahora bien, para la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal requiere haber iniciado investigación, y de las diligencias que desplegó haya verificado la actualización de cualquiera de las causales previstas en el artículo 2.1 del CPP. De lo contrario, su aplicación sería arbitraria, si tan siquiera no se verificó la presencia de un delito o el cumplimiento de la reparación de los daños.

Al respecto, confirmaremos nuestra posición, comentando los criterios de oportunidad señalados en el artículo 2.1 del CPP:

(A) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.- El criterio de oportunidad que estamos comentando constituye un supuesto o caso de la denominada **pena natural**; es decir, que el Ministerio Público está autorizado para prescindir total y definitivamente de la acción, cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho punible, un daño

(176) Para mayor información, consúltese: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Los criterios de oportunidad*. Flores editor, México, 2010.

grave –físico o psíquico– que vuelva desproporcionada la pena. Así, un ejemplo del mismo sería la de aquel imputado que pierde sus extremidades inferiores o superiores cuando cometía el delito.

Su génesis la encontramos en el parágrafo 60 del Código Penal alemán, regulándose allí no como un supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, sino de prescindencia de pena. Sin embargo, la Ordenanza Procesal Penal alemana autoriza que el Ministerio Público con la aprobación del Tribunal se abstenga de ejercer la acción penal en los supuestos en que puede prescindirse de la pena - parágrafo 153, letra b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Por otro lado, lo primero que ha de ser tomado en cuenta por la autoridad ministerial para decidir si aplica o no el criterio de oportunidad que estamos haciendo referencia es: **el daño**.

Al respecto, Martínez Rave define al daño como: “La lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista un daño”⁽¹⁷⁷⁾. Asimismo, Osterling indica que el daño es: “Todo detrimento que sufre una persona y es sinónimo de perjuicio”⁽¹⁷⁸⁾.

Lo segundo, que ese daño sea **en la esfera física o psíquica del sujeto activo**; es decir, de plano, eliminamos los daños patrimoniales o sobre los bienes.

En lo referente al daño físico o corporal, se entiende como todo perjuicio sufrido en el aspecto somático del cuerpo humano, ya sea externo o bien en lo interno del cuerpo humano. En lo que respecta al concepto de daño psicológico, ha sido un concepto precariamente tratado en nuestro medio. En efecto, su estudio ha sido encarado analítica y dicotómicamente (se produjo o no el daño) y con una increíble desatención en la debida inteligencia del alcance de las lesiones psicológicas. A pesar de que en la literatura y en la jurisprudencia se han incluido temas que en principio no son diagnosticables, tales como la importancia jurídica del honor, daño moral y otros, que no requieren imprescindible probanza; lo cierto del caso es que parecieran más objetivables que el daño psicológico que sí es diagnosticable.

(177) MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. 10ª edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 160.

(178) OSTERLING PARODI, Felipe. *Para leer el Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 399.

Las no pocas dificultades para establecer parámetros han construido un paradigma equivocado, bajo la creencia, de que para establecer el daño psicológico aún en sus consideraciones más graves y su debido reconocimiento legal; deba producirse “una grave patología a “ojo de cualquiera”; y peor aún una patología permanente linealmente constante, a sabiendas de que así no se comporta la enfermedad mental aún en algunas de las patologías más severas.

Lo tercero que deberá evaluar el Ministerio Público es la **gravedad o irreparabilidad de los daños físicos o psicológicos de la persona**. Ello presenta dos fundamentos o criterios; en primer lugar, el ontológico; es decir, que, con ayuda de los exámenes médicos respectivos, se puede establecer un perjuicio en la funcionalidad somática o psicológica del sujeto activo. En segundo lugar, está el criterio valorativo; esto es, que la autoridad ministerial tendrá que realizar una estimativa de que los daños sufridos por el agente lo incapacitarán –rayano a lo permanente– para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias.

Ahora bien, este juicio de valor estará complementado con el empleo del principio de la necesidad de pena –que hicimos mención en el capítulo anterior–; es decir, la autoridad ministerial deberá preguntarse si tiene sentido la sanción penal en contra de aquel sujeto activo que ha sufrido daños físicos o psicológicos graves o irreparables, a consecuencia de su accionar delictivo. En otras palabras, si la pena será útil –con relación a sus fines preventivos–, o si bien, sería más humano prescindir de la persecución penal, por la situación de grave o irreparable incapacidad en que se encuentra, por su comportamiento delictivo, el sujeto activo –su cuerpo y/o mente sufre las consecuencias de su conducta: un castigo natural. **En consecuencia, el principio de necesidad, complementado con el de proporcionalidad, de las penas constituye el fundamento y límite para la aplicación del criterio de oportunidad.**

Sin embargo, el Ministerio Público también deberá valorar determinadas situaciones que excluyen la aplicación del criterio de oportunidad que estamos comentando.

Así, si el imputado ha sufrido una lesión anterior o posterior a la ejecución del delito que se le endilga, no puede beneficiarse de la aplicación de este criterio de oportunidad. Para que se pueda prescindir de la persecución penal, el daño debe haberse producido en estricta relación de causalidad, a consecuencia del hecho causado.

Igualmente, deben descartarse aquellos casos donde las consecuencias que sufre el imputado son ocasionadas por sí mismo o previó como posibles,

como por ejemplo, las autolesiones o mutilaciones a su propio cuerpo, o el uso de artefactos explosivos a sabiendas de su impericia o del riesgo excepcional que genera su empleo empírico.

(B) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.- Si el agente del Ministerio Público entiende que los hechos sí configuran un tipo penal —esto es, una conducta tipificada por el legislador—, pero su magnitud no desestabiliza en gran medida la estructura del sistema social, entonces podrá aplicar, **como criterio de oportunidad**, el supuesto que el hecho es insignificante⁽¹⁷⁹⁾.

Como se puede apreciar, el no ejercicio de la acción penal o la no continuación de la ya ejercida, por aplicación de un criterio de oportunidad, presenta como presupuesto la existencia de un hecho delictuoso y la identificación del probable interviniente.

Para entender mejor los usos de la insignificancia, se debe tener presente que la doctrina ha distinguido **la bagatela propia de la impropia**⁽¹⁸⁰⁾. La primera aparece en una previsión legislativa que contiene en abstracto la insignificancia, mientras que la segunda está constituida por un hecho que, en general no resulta insignificante, pero que se revela en concreto como un hecho de escasa relevancia. Para hacer frente a los supuestos de bagatela propiamente dicha, están indicadas tanto la descriminalización como la despenalización, mientras que para remediar el problema que plantean los segundos, pueden utilizarse las circunstancias que excluyen la necesidad de una persecución y sanción penal, por ausencia de lesividad o por la irrelevancia del hecho mismo - el recurrir al principio de oportunidad.

(179) Como indica Llobet, que no debe confundirse la insignificancia conforme al Derecho Penal sustantivo, con la insignificancia del hecho para los efectos de la aplicación de la oportunidad procesal. En realidad, debe diferenciarse entre ambos criterios de insignificancia, puesto que, la propia del Derecho Penal sustantivo lleva a la atipicidad del hecho por falta de tipicidad material. Por su parte, la causal de oportunidad reglada, a diferencia de la insignificancia del Derecho Penal sustantivo, parte de que el hecho es típico. Si el Ministerio Público considera que el hecho es atípico por insignificante conforme al Derecho Penal sustantivo, lo que procede es el archivo del caso, no la aplicación de un criterio de oportunidad (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal comentado*. 2ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003, p. 82).

(180) Al respecto, nos adherimos a las acertadas opiniones de Francesco Palazzo, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Florencia. En ese sentido, consúltese: PALAZZO, Francesco. "Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal". En: *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos*. Volumen I, Arroyo/Berdugo (coordinadores), Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, 2001, pp. 433-442.

Descriminalizar significa convertir en lícito un hecho previamente punible, mientras que despenalizar implica la degradación del ilícito desde el campo penal al campo administrativo. No cabe duda que, mientras la primera tiene un radio de acción circunscrito al proceso de secularización y liberalización del Derecho Penal, el recurso al ilícito administrativo en lugar del ilícito penal, permite una utilización bastante más amplia. En muchos países europeos (Alemania, Austria, Italia y Portugal) se observa, en efecto, una tendencia a desarrollar todo un sistema de Derecho Penal administrativo.

Sin embargo, esta forma de discrecionalidad es legislativa, y no le compete al Ministerio Público, ni al Poder Judicial.

Por otro lado, y habiendo hecho esta necesaria aclaración, el lector entenderá que nos debemos ocupar solamente del **hecho delictuoso insignificante como criterio de oportunidad**, y que sí puede ser empleado por la autoridad ministerial⁽¹⁸¹⁾.

En ese sentido, la irrelevancia del hecho puede afirmarse en virtud de criterios referidos al interior del hecho mismo, relativos a su desvalor mínimo, exiguo, insignificante. Criterios que necesariamente se vinculan a la gravedad de la ofensa y a la intensidad de la culpabilidad, valoradas en concreto.

Para entender lo señalado en el párrafo anterior, debemos recurrir a la denominada lógica *flue*, caracterizada por el predominio de criterios cuantitativos de adecuación funcional de la respuesta –en el ámbito jurídico sería el tratamiento jurídico– respecto a la finalidad regulativa. Una lógica que sustituye la aparente certeza y neutralidad de la subsunción por una argumentación orientada teleológicamente.

En esa inteligencia, la posibilidad de valorar el (mínimo) desvalor del hecho típico no es un procedimiento que debilite la legalidad, sino un síntoma de un proceso profundo y general de deterioro del citado principio. Asimismo, con los criterios antes señalados, los órganos judiciales mantienen la actividad valorativa sobre su propio terreno, pues se trata de una discrecionalidad que tiene por objeto la (mínima) gravedad de la ofensa y la (mínima) intensidad

(181) Recurriendo a Llobet, la única medida perfectamente compatible con el principio de mínima intervención penal es la descriminalización de los supuestos de insignificancia. No obstante, ante el sistema vigente y tomando en cuenta que el legislador no definió los casos de insignificancia, sino que acudió a un método axiológico basado en el principio de lesividad, la tarea del intérprete ha de orientarse por el principio de proporcionalidad para analizar si se justifica el agotamiento normal del proceso (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Ob. cit., p. 86).

de la culpabilidad. Pese a ello, exigencias garantistas dirigidas a prevenir y limitar el peligro de un ejercicio arbitrario de dicha discrecionalidad aconsejan supeditar la previsión de causas de irrelevancia del hecho a la independencia del órgano competente en el momento de su aplicación, nos estamos refiriendo al Ministerio Público, como titular encargado de aplicar los criterios de oportunidad.

No obstante, aunque el criterio de “insignificancia” ciertamente produce problemas en su aplicación práctica, el Derecho comparado brinda dos parámetros que sirven de orientación: 1) no procede si el máximo de la pena supera los dos años de prisión, y 2) no procede si es cometido por un funcionario público, siempre y cuando que el delito haya sido cometido en el ejercicio del cargo o con ocasión de este⁽¹⁸²⁾.

Sin embargo, en lo que respecta al sistema mexicano, las entidades federativas que han regulado el hecho delictuoso insignificante como criterio de oportunidad, únicamente han tomado como previsión, que el referido evento no haya sido cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones⁽¹⁸³⁾.

Al respecto, Rubén Vasconcelos, apunta lo siguiente: “En general en el primer caso, y por la gran variedad de respuestas que pueden darse en torno al significado de lo que es un hecho insignificante, por la introducción de juicios de valor que representa, quizá lo más conveniente, para brindar seguridad jurídica a los justiciables y asegurar una aplicación adecuada y no arbitraria del criterio por parte de los agentes, es la objetivización y precisión de aquellos delitos considerados insignificantes, definiendo cuál es el parámetro que se utilizará para su determinación: la gravedad de las penas, la violencia ejercida en la comisión del hecho, la cuantía del daño, etc., y aclarando que no en todos los casos en que se cometan estos delitos procederá su aplicación, porque quizá para una situación concreta el ilícito resulte insignificante pero para otro no

(182) Así, estas previsiones las encontramos: artículo 34, fracción I del Código Procesal Penal de República Dominicana; artículo 2, letra b) del Código Procesal Penal del Perú y en el primer párrafo del artículo 170 del Código de Procedimientos Penales de Chile.

(183) La presencia del monto de la pena como herramienta para delimitar la aplicación del hecho delictuoso insignificante como criterio de oportunidad es de gran utilidad, dado que, basta que el agente del Ministerio Público lo pueda reconocer en el Código Penal a través de la sanción que el legislador ha establecido: sanciones cortas, que usualmente no se ejecutan y que permite al condenado cumplirlas en libertad, por ende, justificaría el no iniciar la persecución penal.

lo sea, es decir, se requiere que el Ministerio Público revalore la importancia del bien jurídico tutelado por la norma en virtud de la conducta dañosa¹⁸⁴⁾.

En ese sentido, y a falta de mayores precisiones en torno al hecho insignificante, consideramos que el elemento predominante es la escasa intensidad del interés público en la persecución penal del delito incurrido. Por ende, la abstención del ejercicio de la acción penal se funda en el hecho de estar ante un delito de mínima gravedad, por lo que, la resolución del conflicto merece un tratamiento individual por parte del Ministerio Público. Para el logro de tal determinación el agente ministerial tendrá que recurrir a los acertados criterios presentados por Vasconcelos y señalados en el párrafo anterior.

(C) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.- El problema inicial y básico es establecer si en una figura delictiva determinada, la concurrencia de circunstancias puede distinguirse de sus elementos constitutivos, o si contrariamente se funden y confunden con estos, constituyendo una nueva y autónoma estructura normativa.

Así, los autores se dividen fundamentalmente en dos grandes tendencias: Los que afirman que las circunstancias se limitan a influir sobre la estructura típica de la forma criminal a la cual se añaden, siendo por lo tanto consideradas como simples elementos accidentales de algunas formas particulares de manifestarse el delito, pero que el “delito circunstanciado” no goza de autonomía respecto al “delito simple”, porque estas circunstancias son meros accidentes capaces solo de modificar la gravedad o cantidad del delito (postura absolutamente mayoritaria). La segunda orientación sostiene que el “delito circunstanciado” da lugar a la existencia de una nueva figura criminal, netamente distinta e independiente de la principal (postura minoritaria).

(184) VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”. En: *Iter Críminis*. Cuarta época. N° 8, México, 2009, p. 63.

Los autores italianos se inscriben a una u otra orientación desde planteamientos muy diversos, y desde luego, con independencia de que conciban la norma como imperativo o como tutela.

Así, Santoro entiende que la modificación operada por las circunstancias sobre el imperativo secundario (sanción) tiene una exacta correlación con la modificación que producen en el imperativo primario (precepto). Las circunstancias consisten, según este punto de vista, en especificaciones del contenido del mandato en el sentido de que la norma que prohíbe también cualquier otra modalidad de comisión, constituyendo esta el contenido de la atenuación o de la agravación. Las circunstancias constituyen así “unidades modales” de realización del delito, pero nunca dan lugar a una nueva norma autónoma. Dentro del sector doctrinal que niega la autonomía del “delito circunstanciado”, se distingue otra importante corriente, cuyo más significativo representante es Costa, para quien las circunstancias ni siquiera se integran en el precepto, viniendo únicamente a repercutir en el momento de la punibilidad.

Analizada en sus grandes rasgos la polémica que tanto ha preocupado a la doctrina italiana, resulta conveniente formular una serie de observaciones sobre el tema.

Si el problema que nos ocupa principalmente es averiguar si el concurso de circunstancias generales junto al delito conlleva el nacimiento de una nueva figura autónoma respecto al mismo delito sin la concurrencia de circunstancias.

La respuesta ha de ser categóricamente negativa. Un homicidio con nocturnidad y arrepentimiento espontáneo no constituye en modo alguno una nueva figura de delito. Y ello porque las circunstancias, tal y como aquí las hemos venido entendiendo, no son sino elementos accidentales del delito, que únicamente afectan a la gravedad del mismo, dejando intacta su esencia.

En efecto, el problema parece estar claro respecto a las circunstancias generales o comunes, en el sentido de que no confieren autonomía alguna al delito al que acompañan, porque, como ha señalado acertadamente Marini, no se integran en el concepto primario, pues tan solo suponen una variación de la sanción base asignada al mismo, al tratarse de causas de medición de la pena. En realidad, su diferencia fundamental con las circunstancias especiales radica en la distinta técnica legislativa empleada, por cuanto gozan del mismo concepto, naturaleza y fundamento; sin embargo, en determinados supuestos, la ley les otorga una relevancia excepcional, posibilitando la aparición de delitos circunstanciados

que sí son autónomos respecto al delito base, al menos desde una perspectiva formal, aunque no material⁽¹⁸⁵⁾.

Sin embargo, de ello no debe deducirse que todo delito circunstanciado constituya una figura autónoma, sino tan solo cuando el legislador así lo haya previsto. También habrá que obrar con suma cautela a la hora de decidir qué característica de la parte especial da lugar a un auténtico delito circunstanciado, porque en muchos casos se tratará de auténticos elementos esenciales del delito, y no podrá hablarse entonces de delito circunstanciado; y en otros, estas caracterizaciones producirán un simple cambio cuantitativo de la pena base asignada, que en modo alguno tendrán fuerza suficiente para dar lugar al nacimiento de una nueva figura de delito. La solución de estos supuestos exige una cuidadosa interpretación de cada uno de ellos, y escapa, como decíamos, a nuestro propósito.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión suscitada, esto es, a determinar la estructura de las circunstancias modificativas, puede decirse que estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en la jurisprudencia y doctrina comparada.

Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos en la configuración de las distintas circunstancias. Con ello se ha puesto de manifiesto que, en la descripción legal de las circunstancias, con mayor o menor claridad según los casos, se contienen referencias a datos, situaciones o factores de naturaleza puramente objetiva, junto a otros de naturaleza decididamente subjetiva. La presencia de estos elementos o requisitos objetivos y subjetivos es absolutamente indispensable para que pueda aplicarse la circunstancia en cuestión.

Podría decirse, no sin cierta impropiedad, que la estructura de las circunstancias reproducen en cierta manera la construcción sistemática del delito.

Así, toda circunstancia viene tipificada en la ley, de modo que exige la realización de alguna conducta o la posesión de algún estado personal a los que el precepto anuda una valoración objetiva e impersonal, positiva (atenuación) o negativa (agravación), según los casos. Pero junto a la comprobación de este elemento objetivo, se exige además otro de carácter puramente subjetivo, consistente, en la mayoría de los casos, en que el sujeto que ha realizado la conducta típica o efectivamente se ha visto en el estado personal requerido por la norma,

(185) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Presente y futuro de las circunstancias modificativas". En: *Cuadernos del Consejo General*. Madrid, 1996, p. 12.

haya tenido intención de realizarla, o bien, que no haya buscado de propósito ese estado para realizar el delito.

Frente a lo señalado, se ha venido entendiéndose en la actualidad que la función de las circunstancias, esto es, como unos instrumentos válidos para adecuar la ley al caso concreto, y de esta manera poder alcanzar una mejor proporcionalidad entre el delito y la pena. Esta es, además, la comprensión más correcta que cabe efectuar tras un repaso de su evolución histórica, donde la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe ser enmarcada dentro de la búsqueda de una solución al problema de la individualización penal.

No debe olvidarse, sin embargo, que toda técnica jurídica que persiga una mayor especificación, supone la realización de un buen servicio a la justicia y a la legalidad. Quizás por ello debe insistirse en que la individualización penal, y con ella la técnica de las circunstancias, no es sino otra más de las exigencias dimanantes del principio de igualdad en materia penal. Este principio, conforme era entendido en sus primeras formulaciones, esto es, como igualdad ante la ley, y por ende, la igualdad (al igual que la ley) debía cumplir una función esencial concretada en la idea de generalidad: Todos debían ser tratados por igual. De ahí que la ley recogiera las causas “generales” de modificación de la pena.

Por otro lado, si bien todo el marco conceptual anteriormente citado es trabajado por el juez a la hora de la determinación o individualización judicial de la pena, a través del criterio de oportunidad de mínima culpabilidad, la ley facultad al Ministerio Público recurrir al andamiaje teórico construido a lo largo de estas páginas.

En efecto, la autoridad ministerial al tomar conocimiento de un hecho con ribetes criminales y haberse formado convicción de la entidad delictiva del mismo –a través de los actos de investigación que en su momento ha realizado–, tiene **el permiso de la ley** de aplicar los criterios de determinación de la pena, así como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en concreto, los atenuantes, para realizar un pronóstico sobre la probable pena que recibiría el indiciado. Si de las resultas de esa operación, el agente del Ministerio Público se convence que, si acciona el aparato judicial, el sujeto activo recibiría una pena, que por su monto y entidad, sería mínima y objeto de algún mecanismo sustituto, entonces podrá optar por no ejercer la acción penal o bien abandonar la ya ejercida, aplicando el **criterio de oportunidad de mínima culpabilidad del sujeto activo**.

En esa inteligencia, el agente del Ministerio Público deberá conocer a la perfección el catálogo de atenuantes que establece el respectivo Código Penal, y evaluar si alguna de las mismas se ha configurado en el caso materia de su investigación, para poder recurrir al criterio de oportunidad antes mencionado.

ESQUEMA

**DECISIONES DEL FISCAL A RAZÓN
DE LA INVESTIGACIÓN INICIAL**

POSITIVAS

1. Disposición de formalización de la investigación preparatoria
2. Requerimiento de inicio del proceso inmediato

NEGATIVAS

1. Disposición de Archivo
2. Disposición de Reserva provisional de la investigación
3. Disposición de aplicación del principio de oportunidad

CAPÍTULO V

PROPUESTA EN LA CALIFICACIÓN INICIAL DE LA DENUNCIA: LA REMISIÓN A LA JUSTICIA ALTERNATIVA

I. INTRODUCCIÓN

Para entender nuestra propuesta tenemos que hacer referencia al sistema de justicia penal mexicano. En tal virtud, el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución mexicana indica que: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Asimismo, las dos primeras fracciones del artículo 161 de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato de 2011, ha establecido lo siguiente:

“**Artículo 161.-** Los medios alternativos de solución de controversias señalados en el artículo anterior relativos a la mediación y la conciliación, podrán aplicarse desde antes de que se presente la denuncia o querrela, hasta antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral.

Los convenios escritos que contengan los acuerdos restaurativos deberán celebrarse:

- I. Ante un agente del Ministerio Público mediador y conciliador o ante un mediador y conciliador oficial adscrito al Centro Estatal de Justicia Alternativa, cuando se celebren antes de la presentación de la denuncia o querrela. En el primer caso, el convenio deberá ser ratificado ante un agente del Ministerio Público, quien lo calificará y aprobará, en tanto que, en el segundo supuesto, ante el

Subdirector de la Sede Regional del Centro Estatal de Justicia Alternativa que corresponda;

- II. Ante un agente del Ministerio Público mediador y conciliador, durante el periodo comprendido entre la presentación de la denuncia o querrela y la formulación de la imputación. En este caso, el convenio deberá ratificarse ante un Agente del Ministerio Público a fin de que este lo califique y, en su caso, lo apruebe (...)”.

Como se aprecia, en la reforma mexicana se ha apostado a la justicia alternativa, facultando al Ministerio Público, cuando ha tomado conocimiento de la noticia criminal, el remitirla ante el mediador o conciliador, incluso antes de decidir si abre investigación. Sin embargo, tal situación no se aprecia en las normas penales peruanas, siendo aún discutible si en materia penal debería o no proceder la mediación o conciliación.

En efecto, como se sabe, en el Perú, no se puede someter a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial. En cambio, es viable la conciliación por el juez en el proceso penal por faltas (art. 384.2 del CPP).

Luego entonces, es objetivo de este capítulo el revisar esta prohibición en aras de una correcta gestión de los casos penales.

II. LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN EL PROCESO PENAL

Las formas alternativas corresponden a mecanismos no formales y solidarios que brindan un elemento fundamental en la humanización del conflicto, con la presencia de una tercera persona que actúa como facilitadora-especialista en resolución o prevención del conflicto⁽¹⁸⁶⁾. Son mecanismos que basan su proceder en la comunicación de las partes, lo que evidentemente traerá un mayor grado de empatía que en los medios adversariales. Con esto, además de resolver el conflicto de una manera pacífica, que colaborará con la existencia y conservación de los vínculos sociales, se busca prevenir conflictos futuros

(186) FUQUEN ALVARADO, María Elena. “Los conflictos y las formas alternativas de resolución”. En: *Tabula Rasa, enero-diciembre*. N° 1, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003, p. 274.

que podrían ser ocasionados debido al resentimiento e inconformidad con que queda la parte perdedora en el litigio o el arbitraje.

Las formas alternativas son una debida opción cuando la convivencia diaria, familiar y comunitaria han sido transgredidas de manera intencional y repetitiva con perjuicios a nivel emocional, social, físico o legal de una persona. Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios pro-positivos y pro-activos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados⁽¹⁸⁷⁾. Así, se puede obtener una sociedad con individuos más participativos y con mejores habilidades de comunicación.

Las instancias alternas de resolución de controversias fueron concebidas como medios potestativos al cual acuden las partes por decisión propia, respetándose en todo momento su libre voluntad de someterse o no al procedimiento, dado que no existe la posibilidad de coaccionarlas para llevarlo a cabo, por carecerse de imperatividad para tales efectos⁽¹⁸⁸⁾. Dicha situación representa un tópico de gran trascendencia, el mismo que será abordado un poco más adelante al referirnos a los principios que deben regir la aplicación de los Medios Alternos de Solución de Conflictos.

A dichos mecanismos también se les ha dado el nombre de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC's), Resolución Alternativa de Disputas (RAD), Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) y algunos otros términos menos usados.

Así por ejemplo, los MARC's son los procesos alternativos al proceso judicial, disponibles para la resolución de conflictos, en los cuales, más que imponer una solución, permite a las partes crear su propia solución⁽¹⁸⁹⁾. En estos términos, es lógico pensar que resulta más factible que un acuerdo o solución sea cumplido en términos cabales si este ha sido construido por las mismas partes en conflicto, de acuerdo a un consenso entre ambas. Puesto que, son las mismas partes quien de conformidad una con otra llegaron a tal solución.

(187) Ídem.

(188) SALGADO LEDESMA, Eréndira. *Medios alternos de resolución de controversias, una opción para modernizar la administración de justicia*. Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México, p. 8.

(189) ROMERO GÁLVEZ, Antonio. "Medios alternativos de resolución de conflictos. MARC's". Disponible en: <<http://www.gestipolis.com/recursos4/docs/ger/mediosalternativos.htm> 2005>.

Bajo el nombre de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) –o de conflictos RAC– se incluyen toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto⁽¹⁹⁰⁾.

Del anterior concepto, se puede desprender la razón por la que figuras como el allanamiento y el desistimiento no son consideradas dentro de esta clasificación. En semejantes términos, considero que el arbitraje debe también quedar fuera de este grupo, puesto que, si bien es cierto que no se ventila en tribunales, también lo es que se tramita de una forma casi idéntica al proceso judicial y acarrea, por lo tanto, muchas de sus debilidades y casi ninguna fortaleza. Además, resulta obvio el hecho de que en un litigio, sea ante tribunales o ante árbitros particulares, se ejerce de alguna u otra manera la violencia, entendida esta no solo como una manifestación de agresión física, sino como un término de hostilidad hacia la contraparte, aunque sea de una forma más general.

Sin embargo, y en relación a lo anterior, existen opiniones encontradas respecto de la pertenencia o no del arbitraje dentro de esta gama de mecanismos alternos. Por un lado, tenemos conceptos casi idénticos que excluyen al arbitraje de los MASC y se expresan como sigue: “(...) la gama de procedimientos que sirven como alternativa al litigio en tribunales, para la solución de controversias, involucrando generalmente la asistencia e intervención de un tercero neutral e imparcial (...)”⁽¹⁹¹⁾.

Por otro lado, existen autores que sí consideran al arbitraje dentro de los medios alternos al proceso judicial, un ejemplo de esto lo encontramos con el siguiente concepto: “Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional. Encontramos, entre ellos, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión”⁽¹⁹²⁾.

La justificación es simple, se está contemplando como Medios Alternos de Solución de Conflictos, a todo aquel procedimiento que no sea el proceso

(190) STELLA ÁLVAREZ, Gladys. *La mediación y el acceso a la justicia*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 21.

(191) BROWN y MARRIOT citados por CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar. *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y práctica en México*. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, p. 10.

(192) VADO GRAJALES, Luis Octavio. “Medios alternativos de resolución de conflictos”. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>>, p. 377.

judicial, sin importar si su tramitación es casi idéntica, como es el caso específico del arbitraje.

Otro término que se ha empleado para referirse a los Medios Alternos es el de justicia alternativa, inspirando incluso a los legisladores a crear una ley de Justicia Alternativa. De dicha ley, se desprende el concepto de la mencionada justicia alternativa y se establece que es todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, por procedimiento de técnicas específicas aplicadas por especialistas⁽¹⁹³⁾.

Analizados como han sido diversos conceptos de lo que son los Medios Alternos de Solución de Conflictos, podemos afirmar que estos, son todos aquellos medios o mecanismos por los cuales se pueden dirimir los conflictos o controversias de una forma pacífica, son diferentes al proceso judicial y tiene una tramitación completamente diferente a este, donde las partes llegan a una solución construida por ellas mismas con la ayuda o no de un tercero especialista. Cuya solución ha de ser plasmada en un convenio que al efecto firmarán cada una de las partes.

Entre las figuras más conocidas dentro de esta gama de mecanismos alternos se encuentran la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje. Veamos a continuación.

a. Mediación.- Método alternativo no adversarial para lograr la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre los interesados en conflicto, con el propósito de que ellos acuerden voluntariamente una solución que ponga fin al mismo total o parcialmente, y también coadyuvar para lograr una paz social⁽¹⁹⁴⁾. Es de destacar que el tercero que coadyuva con las partes no tiene facultad de decisión, pues las partes conservan en todo momento la libertad para proponer las soluciones que mejor se adapten a sus necesidades.

Se caracteriza por ser una técnica no adversarial. Es cooperativa y facilita la comunicación entre los involucrados en disputa, con miras a resolver el conflicto de manera tal que se intente que ninguna parte “pierda”, o que ambas

(193) Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango. Artículo 6 fracción VIII.

(194) Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo. Artículo 3 II.

“ganen”⁽¹⁹⁵⁾. Esto marca una diferencia trascendental con el proceso judicial y con el arbitraje mismo, pues en estos se presenta lo que ya se explicó como la “suma cero”, en cambio con la mediación lo que se busca es que ambas partes ganen o la llamada fórmula “ganar-ganar”.

b. Conciliación.- Se presenta como una forma de solución de conflictos muy parecida a la mediación. Es un procedimiento voluntario en el cual un profesional calificado, imparcial y con capacidad para proponer soluciones a las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo⁽¹⁹⁶⁾. Al igual que en la mediación, aquí las partes buscan llegar a un acuerdo que satisfaga de una mejor manera sus respectivas pretensiones, y lo hacen con ayuda de un tercero ajeno a la controversia.

Se trata de un proceso o conjunto de actividades a través del cual las personas o partes involucradas en un conflicto pueden resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio. Adicional a las partes, interviene una persona imparcial denominada conciliador, que actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley, para ayudar a los actores a llegar a un acuerdo que los beneficie.

c. Negociación.- Siguiendo con estas formas no violentas de solución de conflictos, aparece la negociación, con algunas diferencias respecto de la mediación y la conciliación. De acuerdo con Fuquen Alvarado⁽¹⁹⁷⁾, la negociación es el proceso a través del cual los conflictuantes llegan a un acuerdo. Se trata de un modo de resolución pacífica, llevado a cabo a través de la comunicación, que facilita el intercambio para satisfacer objetivos sin tener que recurrir a la violencia. La negociación implica necesariamente la habilidad o capacidad para comunicarse de manera adecuada, escuchar, entender, buscando una solución que beneficie a todos. Es un verdadero proceso de interacción entre las partes que buscan una solución que satisfaga sus intereses. Aquí, los involucrados negocian basándose en todo momento en el respeto y la consideración mutua; los intereses corresponden a lo que dificulta la negociación, puesto que dichos intereses están encontrados o son opuestos entre sí; lo que

(195) WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis. *Qué es la mediación*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, p. 48.

(196) Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango. Artículo 6 fracción IV.

(197) FUQUEN ALVARADO, María Elena. Ob. cit., pp. 274 - 275.

las partes reclaman y lo que se busca satisfacer son las necesidades, deseos o cuestiones materiales.

d. Arbitraje.- Según su origen etimológico, la palabra arbitraje deriva del latín *arbitrium*, que significa *arbitramento*, arbitraje, sentencia arbitral; *arbitrium*, a su vez, tiene relación con los términos latinos *arbiter* y *arbitri*, que significan árbitro, juez, perito; y también está relacionado con el latín *arbitror*, que significa crear, juzgar, estimar, pensar⁽¹⁹⁸⁾. Muy semejante al proceso jurisdiccional, el arbitraje es otra forma heterocompositiva de solución de conflictos.

Se trata de un procedimiento mediante el cual un tercero, que es un particular, decide sobre el caso que se le presenta y las partes o actores aceptan la decisión. Se parece a un juicio donde el árbitro es elegido por las partes, en procura de la conciliación. En este proceso, la decisión del tribunal de arbitramento se asimila a la sentencia de un juez y es denominada “laudo arbitral”. El árbitro actúa como auxiliar de la justicia, buscando que esta se haga más clara para que los actores interesados puedan determinar las reglas de procedimiento y se convierta en un instrumento comunitario⁽¹⁹⁹⁾.

Por otro lado, la justicia alternativa puede ser aplicada en delitos leves, de contenido patrimonial sin violencia o en aquellos donde el interés privado prima sobre el público. Al respecto, el artículo 160 de la Ley del Proceso Penal de Guanajuato ha señalado los casos en que procede este tipo de justicia: I. En las conductas que puedan constituir delitos de querrela; II. En las conductas que puedan constituir delitos que se persiguen de oficio, cuya punibilidad máxima no sea superior a cinco años de prisión; III. En las conductas que puedan constituir delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, aun cuando la punibilidad sea mayor de cinco años; y IV. En las conductas no comprendidas en las fracciones anteriores, cuando haya solicitud expresa del inculpado, pero en este caso, el acuerdo restaurativo no extingue la acción penal ni genera el sobreseimiento, ya que el efecto del acuerdo se limita a la posibilidad de obtener algunos beneficios procesales, a la disminución de la pena o a la ejecución de la sanción.

(198) MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe. *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*. Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004, p. 70.

(199) FUQUEN ALVARADO, María Elena. Ob. cit., p. 266.

En tal virtud, los acuerdos restaurativos podrán referirse a la reparación del daño, a la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la conducta o al resarcimiento de los perjuicios causados a la víctima u ofendido; también podrán referirse a la realización o abstención de determinada conducta, a la prestación de servicios a la comunidad, a la rehabilitación de derechos o a la solicitud y otorgamiento de perdón.

Asimismo, no procedería la mediación ni la conciliación en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza en los últimos años; tampoco procederá en los casos en que exista un interés público preponderante.

Finalmente, la incorporación de la justicia alternativa en el sistema de justicia penal peruano implicará todo un cambio de mentalidad, pero sobre todo la instauración de instituciones o centros idóneas para la práctica de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL. *Metodología policial*. Edición Guatemala, Guatemala, 1999.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 10ª edición, Porrúa, México, 1987.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Descriminalización y prevención”. En: *Revista del Poder Judicial*. N° II, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1987.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Akal, Madrid, 1997.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BAYTELMÁN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal y juicio oral*. FCE, México, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Los criterios de oportunidad*. Flores editor, México, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. J.M. Bosch, Barcelona, 2011.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juez de control en el proceso penal acusatorio y oral*. Flores editor, México, 2012.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael. Et. ál. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.

- BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BROWN y MARRIOT citados por CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Oscar. *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y práctica en México*. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Ariel, Barcelona, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Volumen II, Trotta, Valladolid, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. 15ª edición, Tomo VI, Heliasta, Buenos Aires, 1981.
- CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. *Técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*. 2ª edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.
- CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Derecho Procesal Penal. el procedimiento en los códigos de la nación y provincia de Buenos Aires*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- CAFFERATA NORES, José. “Proceso penal y verdad histórica”. En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. J. M. Bosch, Barcelona, 1998.
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. “El juez en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*. Egacal, Lima, 2006.

- CARO CORIA, Dino Carlos. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”. En: *Revista Themis*. N° 35, Lima, 1997.
- CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En: *Revista Themis*. N° 37, Lima, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005.
- CRUZ VEGA, Henry. *Los principios sustanciales del proceso penal con tendencia acusatoria en México*. Flores editor, México, 2010.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal Parte general*, Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- DELGADO BARRIO, Javier. “El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”. En: *Revista Actualidad Penal*. N° 15, Actualidad editorial, Madrid, 1990.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Tipicidad e imputación objetiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002.
- DUCE, Mauricio. “La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal”. En: *Revista de Ciencias Penales Ier Criminis*. N° 5, México, 2006.
- EBERT, Udo. *Derecho Penal. Parte general*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. *El interrogatorio en la investigación criminal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.
- ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. “Estrategias de litigación oral. Teoría del caso”. Documento electrónico, s/f. disponible en: <stj.col.gob.mx/stj/estrategias%20de%20penal.doc.>.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002.

- FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad penal*. Ediar, Buenos Aires, 1981.
- FUQUEN ALVARADO, María Elena. “Los conflictos y las formas alternativas de resolución”. En: *Tabula Rasa*. Enero-diciembre, N° 1, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Parte general. Ara Editores, Lima, 2003.
- GASCÓN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª edición, Pons, Madrid, 2010.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 13, Lima, 2003.
- GIMENO SENDRA, Vicente. “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitoreo)”. En: *Revista del Poder Judicial*. N° Extra II, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 1988.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Colex, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”. En: *Cuadernos del Consejo General*. Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ LEÓN, Gildardo y REYES VENEGAS, Lucio. “La etapa de juicio oral o de debate”. En: *Juicio oral penal. Reforma procesal penal de Oaxaca*. Editorial Jurídica de las Américas, México, 2010.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana. *Manual práctico de juicio oral*, Editorial Ubijus, México, 2008.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Investigación policial y teoría del caso*. Flores editor, México, 2011.

- JAKOBS, Günther. “El concepto jurídico-penal de la acción”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 3, Lima, 1994.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Traducción de Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- JAKOBS, Günther. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de la comisión”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Peñaranda, Suárez y Cancio, Civitas, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *El aspecto jurídico de la teoría del caso. Teoría de la imputación penal*. Ángel editor, México, 2012.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KINDHÄUSER, Urs. “La fidelidad del derecho como categoría de la culpabilidad”. En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*. N° 1, Lima, 2000.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Madrid, 1999.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. 2ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. Tomo I, 2ª edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe. *Mediación y administración de justicia. hacia la consolidación de una justicia participativa*. Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2004.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ HIDALGO, José. *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de Hidalgo*. Porrúa, México, 2010.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. 10ª edición, Temis, Bogotá, 1998.
- MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
- MIR PUIG, Santiago. “El sistema del Derecho Penal en la Europa actual”. En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1995.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. BLG, Trujillo, 1996.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Didot, Santiago, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1990.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. La Ley, Madrid, 2007.
- OSTERLING PARODI, Felipe. *Para leer el Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- PALAZZO, Francesco. “Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal”. En: *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos*. Vol. I, Arroyo y Berdugo (coordinadores), Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca, 2001.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia Interior, Madrid, 1995.

- PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. APECC, Lima, 2010.
- QUEZADA, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Jurídica CO-NOSUR, Santiago, 1994.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Et ál. *Manual de Derecho Penal Parte general*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal Parte General*, 11ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto. *Metodología de la investigación*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. “Acerca del fundamento penal de la tentativa”. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Idemsa, Lima, 1997.
- ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Traducción de Abanto, Idemsa, Lima, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*. Bosch, Barcelona, 2001.
- RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal de 2004, Análisis de la sentencia c-822 de 2005 de la Corte Constitucional colombiana”. En: *Revista Universitas*. N° 114, Bogotá, 2007.
- SALAS BETETA, Christian. “Teoría del caso”. En: *Seminario sobre técnicas de litigación oral y pautas del juicio oral*. Lima, octubre de 2007.

- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones sobre la imputación objetiva”. En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*. Grijley, Lima, 2000.
- SEGURA GARCÍA, María José. “Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada insanity defense”. En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 58, Madrid, 1996.
- SEGURA ORONICH, Andrés. *El imputado y el testigo ante el juez. psicología del interrogatorio*. Cedecs, Madrid, 1998.
- SIERRA, Hugo Mario y CÁNTARO, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina)*, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Normas y acciones en Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico penal de la acción”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2004.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo I, 8ª edición, Editora Argentina, Buenos Aires, 1978.
- STELLA ÁLVAREZ, Gladys. *La mediación y el acceso a la justicia*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año VII, N° 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.
- TORIO LÓPEZ, Ángel. “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de ‘enajenación’”. En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez-Vitoria*. Tomo II, J. M. Bosch, Barcelona, 1983.

- VANDERBOSCH, Charles. *Investigación de delitos*. Limusa, México, 1971.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén. “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, N° 8, México, 2009.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal. La realización penal*. Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2007.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal mexicano. Parte general*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VIVAS USSHER, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Alveroni, Córdoba, 1999.
- WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis. *Qué es la mediación*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- YESCHKE, Charles. *Técnicas de la entrevista y el interrogatorio para funcionarios policíacos y ministeriales*. Limusa, México, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.

