

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA
DEL CASO Y LA TEORÍA DEL DELITO EN EL
PROCESO PENAL ACUSATORIO

■

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO Y LA TEORÍA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

■

Hesbert Benavente Chorres

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Perú)
Especialista en Derecho procesal (Argentina)
Maestro en Derecho (Perú)
Doctorando en Derecho (México)

2011



BOSCH EDITOR

Obra revisada por Bibiana Segura Cros,
Magistrada de Refuerzo Sección 6 AP Barcelona

© 2011 HESBERT BENAVENTE CHORRES

© 2011  **JIB BOSCH
EDITOR**

Librería Bosch, S.L.

Av. Diagonal, 382

08037 BARCELONA

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-7698-965-4

D.L.:

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Impresión:

Printed in Spain– Impreso en España

Este libro está dedicado a mi señora Madre Carmen.

Todo una vida no alcanzaría para demostrarte lo mucho que te amo y lo agradecido que estoy contigo.

ÍNDICE

Prólogo	15
Introducción	17
CAPÍTULO I	
Aspectos conceptuales de la teoría del caso	21
1.1. Conocimiento versus persuasión, verdad versus resolución del conflicto. Las arenas donde se desenvuelve el proceso judicial	21
1.2. Finalidad del proceso penal: la correcta y justa gestión del conflicto de intereses	25
1.2.1. El paradigma del estado racional	25
1.2.2. El paradigma de la gestión del conflicto jurídico-penal	30
1.3. El proceso penal acusatorio con tendencia a lo adversarial y la estrategia procesal	36
1.4. La teoría del caso como herramienta metodológica para el abogado litigante en el proceso penal acusatorio	40
1.5. Concepto de la teoría del caso	42
1.5.1. Primer mito: la teoría del caso es la narración de una historia.	43
1.5.2. Segundo mito: la teoría del caso se emplea durante la audiencia del juicio oral	46
1.5.3. Nuestro concepto sistémico de la teoría del caso	47
1.6. Niveles de análisis de la teoría del caso	48
1.6.1. Nivel de análisis fáctico	48
1.6.2. Nivel de análisis jurídico	51

1.6.3. Nivel de análisis probatorio	56
1.7. Características de la teoría del caso	59
1.8. Utilidad de la teoría del caso	60
Referencias bibliográficas	61

CAPÍTULO II

La estructuración de la teoría del caso	69
2.1. Los cuatros pasos para la estructuración de la teoría del caso	69
2.2. La fase constructiva de la teoría del caso	71
2.3. Fase recolectiva de la teoría del caso	74
2.4. Fase depurativa de la teoría del caso	78
2.5. Fase expositiva de la teoría del caso	80
2.6. Estructura del proceso penal y la teoría del caso.	83
2.7. El abogado defensor también debe estructurar su teoría del caso.	84
Referencias bibliográficas	87

CAPÍTULO III

Primer paso: construyendo el caso

Primera parte: elaborando los enunciados fácticos	91
3.1. Para la resolución del conflicto de intereses se debe tomar en cuenta los hechos (probados).	91
3.2. La individualización de los enunciados fácticos, con fines de probanza, no descansa en el silogismo jurídico sino en la construcción del caso	101
3.3. El primer paso de la teoría del caso: construyendo el caso	105
3.4. El primer aspecto a considerar en la construcción del caso es la elaboración de los enunciados fácticos.	111
3.4.1. Concepto y clases de hechos	111
3.4.2. Los enunciados fácticos: concepto y construcción	116
3.5. La elaboración de los enunciados fácticos en el caso de los ladrones de trigo	119
Referencias bibliográficas	121

CAPÍTULO IV

Primer paso: construyendo el caso

Segunda parte: seleccionando la teoría del delito a aplicar	125
4.1. Concepto e importancia de la teoría del delito	125
4.2. Metodología y sistemática de la teoría del delito	130

4.2.1. El método en el Derecho penal	132
4.2.2 La sistemática de la teoría del delito. Corrientes jurídico-penales	135
4.2.2.1. Alemania	136
A. Teoría causalista	136
B. Teoría neocausalista	138
C. Teoría finalista	139
D. Teoría funcionalista de Claus Roxin.	143
E. Teoría funcionalista de Günther Jakobs.	146
4.2.2.2. La teoría del delito en Italia.	149
A. La tesis realista de Antolisei	151
B. El teleologismo de Bettiol.	151
C. Teleologismo funcionalista, teleologismo valorativo y el nuevo realismo italiano	153
4.2.2.3. La teoría del delito en España	155
A. Teoría de Enrique Gimbernat	155
B. Teoría de Gómez Benitez	156
4.3. La teoría del delito integrada en la teoría del caso	157
4.4. El segundo aspecto a considerar en la construcción del caso es la selección de la teoría del delito a aplicar	161
4.4.1. Comportamiento	166
4.4.2. Tipicidad	171
I. Imputación del comportamiento: la creación de Un riesgo jurídicamente desaprobado	181
II. Imputación del resultado: la relación de riesgo.	188
4.4.3. Antijuridicidad	196
4.4.4. Culpabilidad	202
4.4.5. Tentativa o consumación	220
4.4.6. Autoría o participación	222
4.4.7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	252
4.4.8. Consecuencias jurídico-penales: pena y medida de seguridad	254
4.4.8.1. Pena.	254
4.4.8.2. Medida de seguridad	262
4.5. La selección de la teoría del delito en el caso de los ladrones de trigo	266
Referencias bibliográficas	269

CAPÍTULO V

Primer paso: construyendo el caso

Tercera parte: subsumir los enunciados fácticos en los elementos de la teoría del delito seleccionada 287

5.1. El proceso de subsunción 287

5.2. Subsumir los enunciados fácticos en los elementos de la teoría del delito seleccionada. Trabajando con el caso de los ladrones de trigo 288

Referencias bibliográficas 298

CAPÍTULO VI

Primer paso: construyendo el caso

Cuarta parte: evidencias 299

6.1. Datos de prueba y la prueba propiamente dicha 299

 6.1.1. Datos de prueba 299

 6.1.2. Prueba propiamente dicha 305

 6.1.2.1. Concepto 305

 6.1.2.2. Elementos de la prueba 309

 6.1.2.3. Diferencias entre actos de investigación con los actos de prueba 312

 6.1.3. Prueba anticipada e irreproducible 314

 6.1.4. La prueba documentada 324

6.2. Las evidencias y la construcción del caso 332

6.3. Las evidencias en el caso de los ladrones de trigo 335

Referencias bibliográficas 343

CAPÍTULO VII

Tipología de construcción del caso 347

7.1. Tipos de construcciones del caso 347

7.2. Construcción confirmativa del caso 348

7.3. Construcción explorativa del caso 370

7.4. Construcción para medida cautelar 375

7.5. Momento procesal en donde se da la construcción del caso, referido al hecho principal como a la medida cautelar 386

Referencias bibliográficas 388

CAPÍTULO VIII

Segundo paso: recolectando las evidencias del caso	391
8.1. La etapa de investigación	391
8.2. El abogado investigador	396
8.2.1. Elementos para diseñar una estrategia de defensa	399
8.2.2. La entrevista inicial entre el defensor y su cliente	400
8.2.3. Sobre la recomendación que el investigado declare o se abstenga	404
8.2.4. La preparación al defendido que va a brindar su entrevista o declaración	405
8.3. La recolección de las evidencias para el caso	407
Referencias bibliográficas	409

CAPÍTULO IX

Tercer paso: depurando el caso	411
9.1. La etapa intermedia	411
9.2. Depurando el caso: el control de la acusación del ministerio público	414
9.2.1. Concepto de acusación fiscal	415
9.2.2. Requisitos de validez de la acusación fiscal	418
9.2.3. Control de la acusación fiscal	428
9.2.3.1. Control formal	428
9.2.3.2. Control material	430
Referencias bibliográficas	431

CAPÍTULO X

Cuarto paso: exponiendo el caso	433
10.1. La etapa del juicio oral	433
10.1.1. El derecho constitucional a juicio previo	433
10.1.2. La centralidad o importancia del juicio oral	435
10.2. Principios que rigen el juicio oral	437
10.2.1. Principios vinculados con la actividad probatoria	438
10.2.2. Principios vinculados al desarrollo en sí del juicio oral	443
10.3. La exposición de la teoría del caso durante la audiencia del juicio oral	445
A. Nivel comunicativo	445
B. Nivel confrontacional	446

C. Nivel conclusivo.	448
Referencias bibliográficas	449
ANEXO	
Caso práctico para la aplicación de la teoría del caso	453

PRÓLOGO

Cuando se habla del proceso acusatorio debe entenderse como un modelo que de facto contemple el procedimiento contradictorio, fundado en la presunción de inocencia, con todas las garantías constitucionales y humanitarias, pues no se puede hablar en proceso acusatorio cuando el acusador es al mismo tiempo juez o si este asume poderes materiales de realización de pruebas.

En el modelo acusatorio incumbe al acusador y no al juez la proposición y la producción de las pruebas para la condenación. La única admisibilidad válida de la actuación *ex officio* del juez es para garantizar y proteger los derechos y libertades del acusado, pues el juez debe ser el garante de las libertades y del cumplimiento de la constitución.

La función del juez en el proceso es analizar la admisibilidad de los medios de prueba y de la metodología de la prueba, avaluando lo que será producido en el proceso. En el momento que el juez determina la producción anticipada de la prueba antes del inicio del procedimiento penal o en el curso de esto, aunque urgentes e importantes, está actuando como parte y, por lo tanto, ejerciendo una actividad que no es suya.

Así, en el verdadero proceso acusatorio cabe a las partes la proposición de los medios de prueba, bien como de la metodología de la busca de las pruebas. Es cierto que la prueba se destina al convencimiento del juez, pues la decisión final es atribución suya; pero en el modelo constitucional acusatorio y del proceso justo es el juez quien juzga lo que las partes producen en el proceso. Al juez no le cabe probar o hacer la contraprueba, le cabe decidir con las pruebas que le trajeran las partes.

Ahora bien, el proceso penal acusatorio con tendencia a lo adversarial exige a las partes el conocimiento y aplicación de destrezas propias de la litigación oral. Sin embargo, su estudio se ha reducido a la elaboración de reglas pragmáticas, en su mayoría ad hoc, en las que, el abogado deberá aplicar la más cercana a su planteamiento; así, es

común el escuchar en torno al examen y contraexamen de testigos y peritos, la preparación de la testimonial y, últimamente, la elaboración del caso.

Sin embargo, y en lo que respecta al último de los temas mencionados en el párrafo anterior, el pragmatismo y la persuasión ha venido permeando la enseñanza de la denominada *teoría del caso*, comenzándose a duda del calificativo de “teoría”, dado que, nos enfrentamos a una amalgama, inconexa y hasta confusa de postulados en torno a la elaboración de la versión a presentar a tribunales, que no alcanzan el nivel de principios, y que, usualmente, parten de la intuición del expositor, así como, de su experiencia en el litigio.

En ese sentido, el profesor Hesbert Benavente Chorres, a través de la presente obra que estamos prologando, y en el marco de su tesis doctoral sustentada en la Universidad Autónoma del Estado de México, así como, por la experiencia adquirida como docente e investigador en países tales como: México, Perú, Argentina, Colombia y Chile, busca alejarse de toda concepción pragmática de la teoría del caso, estructurando un aparato conceptual en torno a la elaboración de los enunciados fácticos, la integración teoría del caso con la teoría del delito, así como, el trabajo con las evidencias. Enhorabuena.

Prof. Dr. André Luís Callegari

Doctor en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid
Doctor *honoris causa* por la Universidad Autónoma de Tlaxcala
Doctor *honoris causa* por el Centro Universitario del Valle de Teotihuacán
Director y Profesor del Programa de Doctorado en Derecho de la Unisinos
Profesor de la Escuela Judicial del Rio Grande do Sul
Ex-investigador del Ministerio de Justicia de Brasil

INTRODUCCIÓN

Es un imperativo que el sistema de justicia penal debe ser constantemente revisado, a fin de realizar los respectivos ajustes que permitan la emisión de decisiones justas e idóneas para la resolución de un conflicto de intereses surgido a consecuencia de la comisión de un ilícito penal.

Ahora bien, en ese contexto se han levantado opiniones en torno a la aplicación de instrumentos conceptuales como por ejemplo la teoría del caso, la cual permitiría la construcción de hipótesis de trabajo que descansen en el material fáctico, normativo y probatorio existente.

Sin embargo, como categoría importada de un sistema jurídico tan distinto al nuestro, como lo es el anglosajón, ha originado una serie de mitos y malabarismos conceptuales, entre nosotros, en torno a la teoría del caso, llegando a convertir su explicación en una suerte de "espectáculo circense", so pretexto de aplicar una metodología pedagógica, pero que, en realidad, disfraza un escenario dramático: *el análisis de la teoría del caso a través de experiencias personales, impresiones o simplemente reducir esta figura a la respuesta de las preguntas: qué, quién, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué* –al respecto, véase el apartado 4.3 del presente estudio.

En ese contexto, nuestra inquietud se revela en el sentido de: *¿la teoría del caso es simplemente la explicación de aquellas técnicas que nos han servido en la audiencia del juicio oral, con la advertencia al público que, lo que nos sirve a uno no necesariamente es de utilidad al otro?* Si ello es teoría del caso, entonces tendrían razón aquellos que postulan que no la debemos dar mayor importancia a esta figura de la que realmente merece –ello, al estar reduciendo la teoría del caso al arte de persuadir, en este caso, al órgano jurisdiccional, en torno a nuestra personal versión de los hechos.

No obstante, si teoría del caso es persuadir entonces no necesariamente será un instrumento útil para el logro de un sistema de justicia penal basado en decisiones jus-

tas; siendo mejor eliminarla de nuestro entorno jurídico, alegando, como siempre se ha estilado con las figuras importadas de otros sistemas jurídicos, su falta de acoplamiento a nuestra realidad, su pragmatismo, por no decir trabajo intuitivo, que la misma revela, así como, la incompatibilidad con los fines que persiguen, en este caso, el proceso penal.

Sin embargo, nosotros planteamos otro escenario, esto es, el considerar a la teoría del caso como una herramienta metodológica, que al verse integrada con otros esquemas conceptuales, como la teoría del delito, permitirá al abogado elaborar aquellos enunciados fácticos con identidad y relevancia normativa, susceptibles de ser verificados a través de las evidencias, permitiendo que, dentro de un esquema cognitivo objetivista-crítico, el órgano jurisdiccional, al momento de valorar los materiales fácticos, normativos y probatorios, arribar a una decisión razonable, proporcional, acorde a Derecho y respetuoso de los derechos constitucionales –en otras palabras, a una decisión justa.

Si con la teoría del caso vamos a “persuadir”, pues que sea con enunciados fácticos verificados a través del material probatorio y que presentan una correspondencia, en el caso del proceso punitivo, con las categorías normativas que nos ofrece la teoría del delito.

Ello, consideramos es la esencia de la teoría del caso, que va más allá de emplear el método socrático o explicar al auditorio el éxito que hemos tenido con un juicio y lo torpe que fue la contraparte –en el supuesto que, al día siguiente perdamos otro juicio, como suele ocurrir en esta hermosa profesión como es la abogacía, quienes antes nos llamaban “buenos profesionales”, al día siguiente nos pueden tildar de los “peores”.

Frente a ello, consideramos que la teoría del caso, como herramienta conceptual, tiene, como importante virtud, el integrar modelos epistemológicos y herramientas cognitivas como la teoría del delito, empleando para ello los materiales básicos de trabajo de todo profesional del derecho, esto es, lo fáctico, normativo y probatorio.

En ese sentido, este proceso de integración es manifestado con el primer paso, de nuestra visión en torno a la teoría del caso, esto es, lo que hemos denominado: construyendo el caso, el cual es desarrollado en los capítulos III al VII del presente estudio. Sin embargo, la etapa de construir es recién el primero de cuatro pasos a seguir en torno a esta figura. En esa inteligencia, los demás pasos son: recolectando la evidencia del caso, depurando el caso y exponiendo el caso, los cuales son analizados en los capítulos VIII, IX y X, respectivamente.

Ahora bien, para la mejor comprensión de nuestros planteamientos hemos empleado una serie de esquemas o gráficos que permitirá al lector mejorar la comprensión de nuestra investigación; ello basado en la doctrina especializada en la materia, así como, a referencias legislativas como jurisprudenciales.

Igualmente, el lector podrá encontrar al final de cada capítulo una lista de referencias bibliográficas que le permitirá complementar lo estudiado en ese apartado.

Finalmente, queremos agradecer a la gama de instituciones y personas que nos apoyaron para que este estudio pueda realizarse; entre ellos, a la, Universidad Jaime I, Universidad Complutense de Madrid, Poder Judicial de la Federación a través de la biblioteca de la Casa de la Cultura, sede Toluca-Estado de México, Universidad Autónoma del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México, Poder Judicial del Estado de Durango, Procuraduría General de Justicia del Estado de Veracruz, Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de la Amazonía Peruana, Universidad de Buenos Aires, Universidad Andrés Hurtado, Universidad de Talca, Universidad de Medellín, a los profesores doctores, Francisco Toledo Lobo, Maria Luisa Cuerda Arnau, Francisco Muñoz Conde, André Luis Callegari, Humberto Nogueira Alcalá, Leonardo Moreno Holman, Diego Palomo Vélez, Mauricio Bocanument Arbeláez, José Daniel Hidalgo Murillo, Ana Guadalupe Pozo Colón, Juan David Pastrana Berdejo, Laura Pastrana Aguirre, Rubén Quintino Zepeda, Patricia Evangelina Fernández, Fernando Escamilla Perera, y a la editorial J.M Bosch Editor, por la oportunidad que me brinda de compartir mis ideas en el otro lado del Atlántico.

CAPÍTULO I

ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DEL CASO

1.1 CONOCIMIENTO VERSUS PERSUASIÓN, VERDAD VERSUS RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO. LAS ARENAS DONDE SE DESENVUELVE EL PROCESO JUDICIAL

Si en una primera aproximación al tema, entendemos que la teoría del caso es la expresión o comunicación de la versión personal que realiza cada una de las partes con relación a aquellos hechos ventilados en un proceso penal, nos deberíamos de preguntar: ¿cuál es la finalidad de aquella exposición o comunicación?

La construcción de la respuesta está vinculada con uno de los puntos más debatidos en la actualidad, esto es, la finalidad del proceso judicial. En esa inteligencia, si establecemos un objetivo o finalidad al mismo, éste deberá ser, a su vez, operativo tanto para el proceso penal como para la teoría del caso, al constituir los puntos centrales de nuestra investigación.

En ese orden de ideas, tomaremos las dicotomías: conocimiento/persuasión y verdad/resolución del conflicto dentro del esquema de pensamiento tanto de Michele Taruffo, así como de Marina Felicia Gascón Abellán.¹

1 Al respecto, consúltese: TARUFFO, Michele. "ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año VII, Nº 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, pp. 113 y sgts. Igualmente, es de valiosísima consulta: "LA PRUEBA", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008. GASCÓN ABELLÁN, Marina. "LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA". En: *Constitución y derechos fundamentales*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, pp. 773-794. Asimismo, su extraordinaria monografía: "LOS HECHOS EN EL DERECHO. BASES

En ese sentido, para los citados iusfilósofos, en el ámbito de los enunciados fácticos estructurados, por ejemplo, en un proceso judicial, lo importante no es la elaboración de varios enunciados en torno a hechos relevantes para la causa, sino la verdad o falsedad de las afirmaciones relacionadas a los citados hechos. En ese sentido, si son verdaderos, cada uno de los enunciados producirá una serie de consecuencias de distinta naturaleza; si son falsos, no se produce ninguna consecuencia o se producen consecuencias diversas.

En esa inteligencia, la prueba judicial giraría en torno a la comprobación de la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos elaborados y expuestos por las partes.

No obstante, Taruffo y Gascón identifican dos tipos de epistemología vinculados a los conceptos de verdad –o enunciado verdadero– y prueba –enunciado probado. Estos tipos se denominan: (a) objetivista crítica o cognoscitivista y (b) constructivista o persuasiva.²

El primer tipo parte de que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, aunque se reconocen las limitaciones que implica el acceder a un conocimiento total o completo del fenómeno; es decir, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo.

En este marco, la prueba es concebida como un instrumento de conocimiento, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos pero, al mismo tiempo, como fuente de un conocimiento que, por ser inductivo y estar institucionalizado, o sea, sometido a limitaciones, es sólo probable.

En ese orden de ideas, para este primer tipo epistemológico, la finalidad del proceso judicial –incluido el punitivo– es alcanzar la verdad, a través del conocimiento, aunque limitado, de los hechos, empleando para ello los medios probatorios como instrumento de conocimiento de los enunciados fácticos, en términos de establecer su veracidad o falsedad.

Como indica Taruffo, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede asegurar que ésta jamás será justa si se funda sobre una comprobación errónea e inverosímil de los hechos. En otros términos, la veracidad del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que se pueda decir que la decisión judicial es justa.

Por otro lado, tenemos la epistemología constructivista, la cual entiende que la objetividad del conocimiento deriva de los esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto,

ARGUMENTALES DE LA PRUEBA”, 3ra. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2010.

2 Con la aclaración que Gascón ingresa una tercera categoría en la relación verdad-prueba, esto es, el denominado cognoscitvismo acríctico.

no cabe hablar de un conocimiento objetivo, por lo que, y ya en el ámbito del proceso judicial, se debe postergar la averiguación de la verdad a favor de otras finalidades prácticas del proceso.

Así, para Taruffo, lo señalado en el párrafo anterior se vincula con la teoría del *adversary system*, la cual, en el ámbito del proceso penal es el sustento para el denominado proceso penal acusatorio adversarial –ya sea puro o en su modalidad de tendencia a lo adversarial. Añadiendo, el jurista italiano, que el proceso judicial se ve concebido como un instrumento para la resolución de conflictos.³

En esa inteligencia, si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos, sino que, sería suficiente la persuasión de la prueba, entendida, en términos pragmáticos, el arte de persuadir con el objeto de obtener una resolución favorable.

Frente a tales escenarios, Taruffo y Gascón, son partidarios del esquema epistemológico objetivista-crítico, que apunta a la averiguación de la verdad –como finalidad irrenunciable del proceso–, así como a una concepción cognoscitivista de la prueba, sustentada en un acceso limitado o imperfecto del conocimiento, la valoración racional de la prueba por parte del operador jurídico, así como en la obtención de decisiones justas que descansen en la relación verdad-prueba.

No obstante, debemos de hacer mención que el esclarecimiento de los hechos es una condición necesaria pero no suficiente para hablar de una decisión judicial justa; ello, sin perjuicio de recordar a Alchourrón y Bulygin, que mencionaron que un fracaso en la determinación de la verdad –mientras sea excepcional– no invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce todos sus efectos jurídicos: *“este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social... por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales”*.⁴

En ese orden de ideas, y sin pretender caer en un eclecticismo, se debe reconocer que detrás de la actividad de averiguación de la verdad, subyacen intereses, expectativas o pretensiones de las partes, que se contraponen los unos con los otros, pero cuyos titulares ingresan a la dinámica del proceso judicial buscando que sus intereses sean de recibo por el órgano jurisdiccional.

Es decir, las categorías normativas de prueba, decisiones judiciales, justicia, aplicación del Derecho y tutela judicial efectiva no se contraponen ni excluyen el recono-

3 TARUFFO, Michele. “MODELLI DI PROVA E DI PROCEDIMENTO PROBATORIO”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990, pp. 429 y sgts.

4 ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. “LOS LÍMITES DE LA LÓGICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO”. En: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 313.

cimiento de expectativas en los sujetos procesales, los cuales, requieren al operador jurídico la emisión de un determinado pronunciamiento.

En ese sentido, el propio Taruffo⁵ reconoce que la teoría de la resolución de conflictos tiene como finalidad ocuparse de las maneras a través de las cuales se eliminan los conflictos y como estas teorías han sido bastante difundidas en el pensamiento jurídico de los últimos años, siendo oportuno distinguir entre una decisión justa y la pura y simple eliminación de la controversia que puede darse cualquier manera. Así, Taruffo distingue, por un lado, la resolución de la controversia, y por otro lado, la decisión justa de una controversia, donde esta última implica el uso del criterio representado por la ley.⁶

Frente a lo señalado, se puede afirmar que no son excluyentes ni contrapuestos la averiguación de la verdad y la resolución de un conflicto de intereses, en la medida que la misma no dependa de la simple persuasión –alejándonos así de toda razón pragmática– al auditorio, sino en la armonización de los enunciados fácticos, material probatorio y decisiones basadas en la aplicación del Derecho. Es decir, no la pura resolución del conflicto sino una respuesta justa al conflicto de intereses que envuelve a los partes en un litigio; y el contenido de lo justo estaría conformado por la validación de los enunciados fácticos a través de los medios de prueba, así como, de aquellos pronunciamientos emitidos por el operador jurídico conforme a Derecho, siguiendo de esta manera a Taruffo y a Gascón.

PREMISA

Se reconoce, como finalidad del proceso judicial, la resolución del conflicto de intereses a través de decisiones justas que se vean descansadas en la verdad de los hechos, así como en la aplicación correcta del Derecho.

5 TARUFFO, Michele. "TEORÍA GENERAL DE LA DECISIÓN", texto mecanografiado. Charla dada el 18 de Marzo del 2002, ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México.

6 Al respecto, Taruffo, haciendo referencia al proceso civil, precisó que el mismo puede tener por finalidad una resolución de conflictos simplemente, o una resolución de conflictos mediante decisiones justas. La primera posibilidad, señaló Taruffo, se conforma con respetar un procedimiento, pero no confiere importancia, en la concepción del fin del proceso, al fondo y la calidad de la decisión final, de modo que hasta una decisión errónea o incluso ilegal se entiende que alcanza el fin del proceso, en cuanto pone fin a la disputa entre las partes. La segunda concepción, precisa Taruffo, entiende, también, que con el proceso se persigue poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos, ciertos y ecuanímes; de acuerdo con esto, la calidad de la resolución adquiere gran importancia, y, aunque no pueda garantizar absolutamente su consecución, el instrumento procesal debe diseñarse para aproximarse el máximo a tal objetivo. TARUFFO, Michele. "ORALITY AND WRITING AS FACTORS OF EFFICIENCY IN CIVIL LITIGATION". Ponencia presentada en el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, celebrado en Valencia entre el 06 al 08 de noviembre del 2008, pp. 186-188. En ese sentido, y siguiendo a Taruffo, nosotros compartimos la segunda concepción en cuanto contenido de la finalidad del proceso judicial.

1.2 FINALIDAD DEL PROCESO PENAL: LA CORRECTA Y JUSTA GESTIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES

En el anterior apartado hemos señalado que, si eliminamos todo matiz pragmático y de persuasión, no existiría inconveniente alguno en establecer una relación entre el esclarecimiento de los hechos –la averiguación de la verdad– y la respuesta a un conflicto de intereses –sobre la base de decisiones racionalmente justas, esto es, con apego a Derecho. Ahora bien, en este apartado examinaremos si esta afirmación rinde fruto en el ámbito del proceso penal, esto es, como su finalidad.

Al respecto, queremos señalar que es de reciente data la aplicación de la teoría del conflicto en el ámbito del proceso penal –situación diferente se aprecia en el proceso civil, donde es unánime la doctrina en señalar que la finalidad inmediata del citado proceso judicial es solucionar el conflicto logrando la paz social.

Ello se debe a la persistencia en aplicar, en el proceso penal, un paradigma al que hemos denominado: *paradigma del estado racional*, el cual está en contraposición con el *paradigma de la gestión del conflicto de intereses*, en un sentido de focalizar la atención del proceso punitivo, ya sea en el ius puniendi del Estado, o bien en las expectativas jurídicas de aquellos sujetos involucrados en el drama penal. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos modelos.

1.2.1 EL PARADIGMA DEL ESTADO RACIONAL

En principio, queremos empezar la explicación de este paradigma, recordando las ideas de Hegel en torno al Estado, el cual para el filósofo alemán, es la realidad de la voluntad substancial; realidad que ésta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad; es lo *racional* en y para sí. Esta unidad substancial es el absoluto e inmóvil fin de sí mismo en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado.⁷

Se advierte en Hegel que no hay que confundir sociedad civil con Estado, porque ello lleva a determinar el fin último como el interés del individuo en cuanto tal y a concebir al Estado como una sumatoria de individuos y como contrato. En realidad, en el pensamiento hegeliano, el individuo sólo es *real* como miembro de un Estado porque sólo en este alcanza su verdadera libertad.⁸

7 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "PRINCIPIOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO O DERECHO NATURAL Y CIENCIAS POLÍTICA", Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, p. 258.

8 TAYLOR, Charles. "HEGEL Y LA SOCIEDAD MODERNA", Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 180.

El fundamento de Hegel es la preservación de la unidad de la sociedad, evitando la desorganización que la anarquía causaba entre sus miembros, ya fuesen individuos o clases sociales. En este sentido, para Hegel el Estado no era otra cosa más que el *telos*, la meta de las leyes, los recursos y los funcionarios que se supone conforman el Estado. En el sistema hegeliano la existencia de un Estado y la búsqueda de tal unidad son cosas idénticas.⁹ De esa forma, el rigor y la dureza de la ley se humanizan a través de la justicia estatal.¹⁰

En ese orden de ideas, si para Hegel, el Estado no debe asentarse sobre elementos sustantivos, identitarios, se ha de concebir y exponer como algo en sí mismo *racional*,¹¹ entonces toda manifestación del aparato estatal, por ende, debe ser racional. Si esto es así, la única forma de validar, por ejemplo, al proceso penal, es como expresión de la racionalidad del Estado; ni siquiera como expresión de garantía al individuo, porque, para Hegel, el individuo es real sólo dentro de la dinámica de integración y pertenencia del Estado. Si el Estado dice que *Zeka*, no es persona, entonces *Zeka* no es persona. Si por el contrario, el Estado imputa a *Zeka* como enemigo, entonces *Zeka* es enemigo: *la actividad del Estado se justifica, per se, por ser expresión de racionalidad pura*, en el pensamiento hegeliano.¹²

Esta perspectiva del Estado racional, justifica, en el ámbito de la justicia penal, que el mismo sea el titular del *ius puniendi*, es decir del derecho subjetivo a castigar. El hecho de que el Estado ejerza y asuma el monopolio del desempeño de la “violencia legítima”,¹³ ha conllevado el empleo del proceso penal como herramienta para su finalidad sancionadora.

- 9 MELOSSI, Darío. “EL ESTADO DEL CONTROL SOCIAL”, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1992, p. 56.
- 10 ETCHEGARAY, Ricardo. “EL DOMINIO EN LA SOCIEDAD Y EL ESTADO EN LA FILOSOFÍA DE HEGEL”. En: *Revista Homologramática*, Año V, Nº 8, Facultad de Ciencias Sociales Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 2008, p. 17.
- 11 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José. “¿HEGEL EN KOSOVO? REFLEXIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DE KOSOVO”. En: *Cuadernos de pensamiento político*, Nº 18, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 2008, p. 94.
- 12 Es el riesgo que lleva supuestos como del politólogo Giovanni Sartori, quien en su libro *La sociedad multiétnica* (Editorial Taurus, Madrid, 2001), señala que si los inmigrantes de otras culturas que no están dispuestos a *integrarse* a la sociedad que los recibe, no deberían acceder a los derechos de ciudadanía. Sin explicarnos qué entiende Sartori por la *no integración* (Por sí, no significa que el inmigrante esté generando conflictos en la sociedad que lo recibe, por el sólo hecho de vestir, vivir y comportarse conforme a la costumbre de su país de origen, que difieren del país que lo recibe; ello, no genera disfunción alguna). Postula la tesis que el Estado puede decidir quién es o no *ciudadano* (status jurídico), conforme a su percepción (racional, según Hegel) de cómo es la vida del inmigrante “X”, y como *gran padre*, le dice cómo debería ser su vida, dentro de los límites territoriales estatales, a riesgo de no considerarlo al nivel de ciudadano.
- 13 García-Pablos sostiene que sólo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal –y las expectativas que éste genera– de forma

El monopolio del Estado, usualmente ha sido vinculado con el derecho a establecer normas penales (*poder político penal*); sin embargo, el mismo, se manifiesta en la potestad estatal a exigir el cumplimiento de las normas penales; y esta pretensión punitiva, según la doctrina, es de naturaleza *procesal* y no *sustantiva*.¹⁴ Por ende, el Estado, como titular del *ius puniendi*,¹⁵ tiene como tareas, criminalizar conductas, establecer sanciones y lograr la imposición del castigo en el caso concreto.

La pregunta capital es; ¿Cuál es el marco que el Estado utilizará para una *racional* aplicación de su función sancionadora? Al respecto, no cabe duda que el marco es la de un *proceso penal que presente a un Juez dotado de las más importantes funciones procesales, así como, un esquema procedimental que le permita desarrollar adecuadamente sus funciones, en detrimento de la actividad procesal que los demás sujetos puedan realizar*.

El Estado, a través del Poder Judicial, impone la sanción al responsable de la infracción de la norma jurídico-penal. Pero la misma, que parecería una verdad relativa conlleva un modelo explicativo y legitimante: *El Estado, a través de los magistrados que conforman un poder estatal: el Judicial, se convierte en el actor principal que dinamiza las instituciones vinculadas al monopolio de la violencia legítima*.

Y para lograr el objetivo de imponer el castigo se debe fortalecer al órgano estatal quien lo impone; en otras palabras el Estado debe fortalecer a uno de sus poderes para lograr el cometido sancionador del *ius puniendi*. Es decir, se fortalece el rol del Juez (Penal): *Director de la instrucción, facultado para actuar pruebas de oficio, dirigir el juzgamiento, emitir la sentencia y ser el responsable de su ejecución*, dejando a las partes (acusadora y acusada) un rol cada vez menos protagónico.

El esquema procedimental que permite el desenvolvimiento de toda la dinámica del juez es aquel dividido en dos fases: instrucción y juzgamiento. El primero, destinado

pacífica e institucional; de forma racional y previsible, formalizada y eficaz, con escrupuloso respeto de las garantías individuales, cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Sólo el *ius puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "DERECHO PENAL. INTRODUCCIÓN", 2da. Edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 305).

14 RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alonso. "DERECHO PENAL ESPAÑOL", 18va. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, p. 37. POLAINO NAVARRETE, Miguel. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 37.

15 Para Villavicencio la función punitiva del Estado se le pretende identificar incorrectamente como *ius puniendi*, dado que, no es un derecho, y por el contrario no alcanzaría para comprender la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. Lo que se está, según el citado autor es ante la potestad no mediatizada por la forma jurídica (VILLAVICENCIO TERREROS, Luís. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 88).

a que el Juez recabe la información que le permita establecer la presunta comisión de un delito y la responsabilidad del imputado. El segundo, destinado a que el Juez, luego de la actividad probatoria, emita su fallo o sentencia.

Para lograr la finalidad de la primera fase, el Juez deberá limitar toda actividad, principalmente del imputado, que trate de obstaculizar la recolección de la información que le permita formular juicio sobre la naturaleza de los hechos y del juicio de responsabilidad, que a la postre será confirmada o, inusualmente, rechazada, durante la fase de juzgamiento. Asimismo, deberá asegurar toda la información que recolecte a través del principio de la escrituralidad. Y finalmente, para evitar todo peligro de obstaculización procesal, y so pretexto de una sospecha fundada de comisión delictiva, se prefiere que el imputado esté privado de su libertad hasta el dictado de la sentencia.

Todo lo señalado grafica los rasgos principales del sistema *inquisitivo: el secreto, la escrituralidad y la detención del imputado mientras se espera el dictado del fallo*. En ese sentido, las características e incluso la justificación del sistema inquisitivo vienen dadas por la finalidad del proceso penal como marco para que el Estado, legítimamente, imponga una sanción al responsable del delito. A pesar que se pretende paliar a través de una segunda fase donde prime la oralidad y el contradictorio (el denominado “procedimiento mixto”¹⁶), en la praxis del sistema inquisitivo se puede sentenciar sobre la base de la información obtenida de la primera fase: instrucción, convirtiéndose la misma, como dice Bacigalupo, más de hecho que de derecho, en la fase central del proceso penal y la que determina el resultado del mismo.¹⁷

Con todas las críticas que se han vertido en contra del sistema inquisitivo,¹⁸ ¿acaso debe deslegitimarse la finalidad del Estado de imponer la sanción penal, como titular del *ius puniendi*, en el marco de los resultados del proceso penal? La respuesta es no, dado que, para evitar la primacía de la venganza (irracional) privada, así como, ante la necesidad del mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada en sociedad, se requiere que el máximo ente con soberanía, esto es, el Estado sea quien

16 MAIER, Julio. “DERECHO PROCESAL PENAL: FUNDAMENTOS”, Tomo I, 2 da. Edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 449.

17 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Et. Al. “LA POSICIÓN DEL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL: LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL”, Editorial Thompson-Aranzadi, Madrid, 2005, p. 147.

18 En lo que más resalta el hecho que este sistema coincide con la concepción absoluta del poder central y del escaso valor que se otorga a la persona humana individual frente al orden social. Consecuencia de ello es la consideración del imputado como un simple objeto de investigación; no contando con la posibilidad cierta de defenderse de la acusación formulada en su contra. Las premisas fundamentales del sistema inquisitivo son: la persecución penal pública y obligatoria de los delitos y la averiguación de la verdad (CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “EL PROCESO PENAL: TEORÍA Y PRÁCTICA”, 3ra. Edición, Editorial Palestra, Lima, 1998, pp. 34–38).

determine, en primer lugar, a qué conductas se le calificarán como ilícitas,¹⁹ en segundo lugar, qué sanción debe imponerse al responsable de esta conducta, y en tercer lugar el marco de averiguación, discusión e imposición de la sanción.

Aún la participación del Estado viene justificado con la teoría del carácter público del conflicto, que señala que frente a la infracción de normas jurídico-penales surge un conflicto público: afectación de la configuración social básica.²⁰

Asimismo, la potestad punitiva del Estado se ve justificada por el fracaso histórico de las posiciones anarquistas y marxistas radicales,²¹ pues ni ha desaparecido ni parece razonable la desaparición del Estado y del Derecho.²²

No podemos olvidar cuántas veces los enquistados en el poder del Estado han utilizado la potestad punitiva para reprimir los derechos fundamentales de las personas y perpetuar las injusticias estructurales del sistema. No obstante, este riesgo se puede minimizar mediante la observancia de límites. Al respecto, Mir Puig indica lo siguiente: *“El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la existencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”*.²³

No obstante, el peligro latente, a pesar de la existencia de límites materiales a la potestad de sancionar por parte del Estado, consiste en considerar que la misma es la *única* finalidad que debe perseguir el proceso penal, porque ello conllevaría, entre otras cosas, no solo a una apología al sistema inquisitivo, sino una centralidad del Juez a costa del dinamismo que las partes deben impregnar al proceso.

19 El marco de referencia está dado por la infracción de las normas (expectativas normativizadas), complementado con la idea de afectación del bien jurídico (lo que se denomina en Derecho penal la antijuridicidad formal y material).

20 JAKOBS, Günther. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN”, Editorial Pons, Madrid, 1997, p. 12.

21 Las tesis anarquistas niegan la legitimidad del Estado y del Derecho. La tesis marxista propugna a largo plazo la desaparición del Estado con la desaparición de las clases sociales.

22 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL I”, 1era. reimpresión, Editorial Universitas, Madrid, 1999, p. 78. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal parte general, 6ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 69.

23 MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 7ma. Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 114.

Ello, sin mencionar que esa *racionalidad* que se le imputa al Estado, justificaría cualquier tipo de Estado, así como, de proceso penal, donde la falta de respeto a las garantías y derechos de los justiciables, han sido la tónica en los sistemas de justicia penal de Estados autoritarios o totalitarios.

1.2.2 EL PARADIGMA DE LA GESTIÓN DEL CONFLICTO JURÍDICO-PENAL

El paradigma del Estado racional, que legitima toda actividad estatal, incluyendo el judicial, a través de un Juez *todopoderoso*, descansa en una corriente epistemológica denominada *idealismo*, el cual, es aquel pensamiento epistémico que indica la imposibilidad de conocer algo (que exista en sí) fuera del pensamiento o de la conciencia (de la *razón*). Así la conciencia es la condición de todo conocimiento, es el teatro en que todo aparece. Es pues imposible saber lo que son las cosas independientemente de su aparición en la conciencia.²⁴

En ese sentido, el conocimiento es el acto de un sujeto; es pues, para el idealismo, imposible definir un objeto prescindiendo de la actividad espiritual que lo hace surgir ante uno como objeto, independientemente de los procedimientos y de los métodos que nos han permitido determinarlo.²⁵ Para el idealismo, el pensamiento humano construye, e incluso, deconstruye, todo el mundo que le rodea; la materia en sí es masa inerte, que cobra valor e importancia cuando es expresión de análisis por parte del ser humano.

El hombre, a través de las ideas, se convierte en creador: *el mundo se crea a través del espíritu humano*. Sin embargo, este *panteísmo* a que desemboca el idealismo, es al mismo tiempo su mayor crítica; y ello, prescindiendo de la discusión metafísica de la existencia de divinidades, significa el perder de vista la naturaleza contingente y caótica de la realidad que se desenvuelve el hombre.

El paradigma del caos,²⁶ nos advierte que los fenómenos naturales y sociales se desarrollan en una dinámica que escapa a la razón y pensamiento humano. En efecto,

24 VERNEAUX, Roger. Epistemología general o crítica del conocimiento, Herder, Barcelona, 2005, p. 74.

25 Idem, p. 74.

26 El caos es el enigma que viene desde tiempos muy lejanos, cuando los mitos trataban de mostrar cómo todas las cosas provienen y son el resultado de génesis sucesivas. Hoy, la investigación científica toma los caminos que conducen inevitablemente a él. El desorden, la turbulencia, la desorganización y lo inesperado fascinan, los arcanos del azar incitan menos a una iniciación que a un avance utilizando los instrumentos de la informática más complejos y más poderosos. Ya sus aplicaciones son investigadas en los campos más diversos. La medicina se presta, con la interpretación del infarto como fenómeno de pasaje brutal de un estado de regularidad a un estado caótico, con el desciframiento de la crisis epiléptica que derriba repentinamente y somete al ataque desconcertante de la epilepsia. La economía

la existencia de un comportamiento irregular e impredecible de los fenómenos es una constante en el mundo que nos rodea; algunos lo llaman *caos*.²⁷ Si el hombre tuviese aquella divinidad de crear y controlar a través de sus ideas todo el entorno que le rodea, entonces no habrían enfermedades incurables, no existirían ciclos irregulares en la economía, se dominaría el clima, los tiempos, e incluso se haría realidad el anhelo de Pierre Simon de Laplace, esto es, que si se conociera la velocidad y la posición de todas las partículas del Universo en un instante dado, entonces se podría predecir su pasado y su futuro por el resto de los siglos.

La naturaleza es no lineal, el orden se oculta tras el desorden, lo aleatorio siempre está en acción, lo imprevisible ocurre. Como dice Balandier, se trata de otra comprensión del mundo, donde el movimiento y sus fluctuaciones predominan sobre las estructuras, organizaciones y permanencias. La clave es otra dinámica, calificada de no lineal, que le da acceso a la lógica de los fenómenos aparentemente ordenados. Se desplaza de la física hacia las ciencias de la vida y la sociedad, aún cuando se reconoce, en este último caso, que las personas son más complicadas que las partículas.²⁸

Esta *complejidad* del proceder humano desemboca al reconocimiento de un dato, no óptico, sino histórico-social: el ser humano, tanto en su dinámica interna, como en sus contactos interpersonales, se ve envuelto en una serie de *actos contingentes y conflictuales*, que en algunos casos, se convierten en polo de cambios que mejoran el status quo de la persona, pero en otros casos, conllevan una afectación a su esfera, por ejemplo, de derechos –por ejemplo, al comprobarse ser el responsable de un delito de violación sexual, en agravio de “X”, el conflicto generado con la víctima, conllevó al dictado de una sentencia condenatoria, que le afectó el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad ambulatoria, al habersele recluido en un establecimiento penitenciario, a fin que purgue su condena.²⁹

también trata de recurrir a este examen arriesgado, con el estudio del desorden de las inversiones y el empleo, el estudio de los ciclos desconcertantes y el comportamiento errático de la bolsa. Sin embargo, la *caología*, no puede ser interpretada como una apología del desorden, pues propone otra representación de éste, lo pone en su lugar, demuestra que si los acontecimientos y las turbulencias de la naturaleza dan una impresión de confusión, de batifondo, son sin embargo atraídos por ciertos estados. Estos *atraedores extraños* están mal identificados, pero su acción es reconocida; el desorden no se confunde con el batifondo (Balandier, 1990: 09-10).

- 27 SCHIFTER, Isaac. “LA CIENCIA DEL CAOS”, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 22.
- 28 BALANDIER, Georges. “EL DESORDEN, LA TEORÍA DEL CAOS Y LAS CIENCIAS SOCIALES. ELOGIO DE LA FECUNDIDAD DEL MOVIMIENTO”, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 10.
- 29 Para mayores detalles, consúltese: BARATTA, Alessandro. “EL MODELO SOCIOLOGICO DEL CONFLICTO Y LAS TEORÍAS DEL CONFLICTO ACERCA DE LA CRIMINALIDAD”. En: *Criminología y sistema penal*, B de F Editores, Montevideo, 2004, pp. 247-273.

En ese orden de ideas, la reforma de la justicia penal, no puede quedar anclada en razones metafísicas, propias del idealismo objetivo hegeliano, que ve al Estado la esencia de la racionalidad. Por el contrario, como sistema que descansa en la realidad social, la justicia penal, y el proceso penal, debe humanizarse, tomando en cuenta, que lo que se le pone a su conocimiento es un *conflicto*³⁰ *intersubjetivo a raíz de la comisión de un ilícito penal*, donde los involucrados, esperan un marco de discusión y respuesta eficiente y garantista, para sus intereses o expectativas.

El problema no consiste en restar legitimidad al Estado de utilizar al proceso penal como marco de imposición de la sanción, sino que el peligro está en considerarla como la única finalidad, o simplemente la más importante; y ello, lamentablemente se ha dado en nuestra praxis procesal, centrada en el cumplimiento estricto de la ley penal, olvidándose que en el proceso penal, junto al conflicto entre la sociedad afectada por el delito y el responsable de los hechos, que efectivamente dispensa una consideración pública a la persecución penal, hay otro conflicto el que se entabla entre la víctima y el autor del daño.

Este último conflicto, en palabras de Moreno Catena, es el que debe dar respuesta el sistema penal y el proceso penal, no puede ser olvidado, sino que ha de ocupar un puesto principal en las inquietudes de los juristas, por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él, salvo que convirtamos al Derecho en un puro ropaje formal.³¹

La segunda finalidad del proceso penal es la resolución del conflicto jurídico penal, parte de la premisa que el delito, como todo problema jurídico, genera un conflicto de intereses, en donde las partes –los interesados– son llamados a tener un rol protagónico y activo en el proceso penal y el Juez cumple funciones de control o garantía, así como, de juzgamiento.

El cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica ver el delito como un conflicto de intereses; pero no con la finalidad de persuadir al Juez para que emita una decisión desligada de la verdad, sino en la identificación, por parte del órgano jurisdiccional, del contenido de las expectativas normativas de las partes, y la participación activa de éstas para que sus pretensiones sean de recibo por el juzgador en mérito de una decisión apegada a Derecho. Es decir, que al recurrir a la noción del conflicto nos alejamos de toda consideración pragmática que Taruffo identificó en el

30 En general aparece una situación de conflicto– en el entorno social y no en lo interno de un sujeto– cuando, dadas dos partes, al menos una de ellas experimenta frustración ante la obstrucción causada por otra parte, sea este perjuicio sufrido o esperado (SÁNCHEZ PÉREZ, José. “APROXIMACIÓN GENÉRICA DEL CONFLICTO”, en: *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Sánchez Pérez (coordinador), Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 17).

31 MORENO CATENA, Víctor. “EL PAPEL DEL JUEZ Y DEL FISCAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO”. En: *Hacia un nuevo proceso penal*, Manuales de Formación Continuada N° 32, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Madrid, 2005, p. 58.

modelo acusatorio norteamericano –adversarial system–; si bien podemos manejar la categoría resolución del conflicto de intereses lo hacemos dentro del tipo epistemológico del objetivismo crítico que postula una noción cognoscitivista de la prueba, la cual aludimos en el punto anterior, cuando presentamos las nociones tanto del profesor de Pavia como de la distinguida jurista Marina Gascón.

Ahora bien, al hablar de delito debemos pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable; y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal. En palabras de Schünemann, no se trata de una mera oposición contraria al hecho, sino una oposición de intereses directa y sin restricciones jurídicas.³²

En ese sentido, la víctima tiene los siguientes intereses: a) Que se imponga una sanción al responsable del delito (*pretensión punitiva o de sanción*), la cual, será llevada por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional a través del proceso penal, al afectar también el delito intereses públicos o sociales; y b) Que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (*pretensión resarcitoria o de reparación*), que la puede sustentar directamente en el proceso penal si se constituye en actor civil. Por su lado, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia de los cargos que se le han formulado en su contra (*pretensión de absolución*), o al menos, recibir una sanción atenuada (*pretensión de sanción atenuada*).

Asimismo, de tales pretensiones identificamos sus derivados. Así, la agravación del castigo se encuentra inmersa dentro de la pretensión de sanción; asimismo, la aplicación del principio de oportunidad o salidas alternas como la conciliación, mediación o el acuerdo reparatorio encuentran su ubicación tanto en la pretensión de reparación, así como, en principios de política criminal como el de selección de casos, la justicia restaurativa y la solución consensuada del conflicto.

En esa inteligencia, podemos hablar que el proceso penal es el medio por el cual se ventilará el conflicto generado por el delito, buscando hallar una solución conforme a Derecho, en función a los intereses postulados, argumentados y probados. Ahora bien, en un conflicto de intereses, los interesados desarrollan un rol protagónico; es decir, las partes deben de construir, argumentar y fundamentar sus intereses, expectativas o pretensiones.³³

32 SCHÜNEMANN, Bernd. “LA REFORMA DEL PROCESO PENAL”. En: *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, N° 26, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 54. Asimismo, resaltamos la importancia de la relación de conflicto entre la parte acusadora con la parte acusada dada tanto por Moreno Catena como por Schünemann, abonándose la idea de trabajar con esta categoría sin caer en el pragmatismo, ni en el puro sofismo.

33 Obsérvese como este fundamento justifica las más importantes innovaciones en el sistema de justicia penal:
a) El Ministerio Público, como interesado en fundamentar, objetivamente, su pretensión de sanción, debe de encargarse de la investigación del hecho punible, y de las resultas de la misma, decidir si formula acusación o bien un requerimiento de sobreseimiento.

Sin embargo, la gestión del conflicto por parte del sistema de justicia penal no puede darse sin un respeto irrestricto a los derechos constitucionales. El concepto de derechos constitucionales comprende *“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”*³⁴

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos constitucionales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado.³⁵

RECUERDA

La adecuada y justa gestión del conflicto de intereses en el proceso penal debe de darse en mérito al respeto irrestricto de los derechos constitucionales, reconocidos en la Ley Fundamental, los tratados internacionales y de las leyes que de ellas emanen.

Por su parte, los derechos constitucionales, como objetivo de autonomía moral, sirven para *“designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”*.³⁶

b) Tanto la parte acusadora, como la acusada, requieren de un instrumento metodológico que les permitan construir su versión de lo sucedido, recolectar la evidencia que requieren, depurar lo recolectado– eliminando todo vicio o defecto procesal que invaliden sus posiciones y sus evidencias–, así como, exponer sus posiciones. Este instrumento metodológico no es otro que la *Teoría del caso*, la cual, está presente en cada fase del proceso penal, a través de las actividades mencionadas: investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento, respectivamente.

c) La resolución del conflicto, puede darse a través de una sentencia emitida en el marco del juicio oral, o bien, a través de mecanismos consensuados (principio de oportunidad, terminación anticipada del proceso, negociación), o bien rápidos y expeditivos.

34 PECES-BARBA, Gregorio. “CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. TEORÍA GENERAL”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 37

35 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. STC N° 1417-2005-AA/TC, FJ. 2.

36 PÉREZ LUÑO, Antonio. “DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN”, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 31.

De lo expuesto, se puede advertir que la observancia y respeto de los derechos constitucionales dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado democrático y de Derecho. Por tanto, por “derechos constitucionales del proceso penal” debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, lato sensu por los Tratados Internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada “búsqueda de la verdad material” y “los derechos constitucionales del imputado”.

Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y protección de los derechos constitucionales del imputado, obliga a que se defina en la Constitución, en tanto Ley Fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal. Como quiera que en el proceso penal, esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, es decir, como afirma Binder, “*un diseño constitucional del proceso penal.*”

En esa inteligencia, en el proceso penal acusatorio, los justiciables que intervienen en el mismo, principalmente el procesado y la víctima, son titulares de derechos oponibles durante el trámite procesal de la causa. Estos derechos son de carácter constitucionales y su ejercicio es irrestricto en cualquier etapa del proceso penal.

Ahora bien, tanto la *relación de conflicto* como el respeto a los *derechos constitucionales*, requieren de la estructuración de un sistema procesal que permita su discusión y solución, por un lado, y respeto, por el otro lado. Tal sistema debe presentar las siguientes características:

- (a) Que el sistema procesal permita la estructuración de un proceso que permita la discusión de la resolución de un “conflicto” generado por la comisión de un ilícito penal. Por esa razón, tanto las partes como el juzgador tienen rol protagónico. Las partes, porque construyen, argumentan y buscan dar credibilidad a sus intereses, *per se*, contradictorios. El juez al emitir fallo condensa tales intereses, luego que las posiciones han sido contendidas –en el marco del juicio oral– en su decisión final que, valorando los actos de las partes, manifiesta un acto de autoridad.
- (b) Que el sistema procesal permita la realización de un conjunto de actos procesales, determinadas por disposiciones que reglamentan su ejercicio. Estas disposiciones son las denominadas *normas de procedimiento*.
- (c) Que el sistema procesal no excluya la función jurisdiccional del Estado, dado que, la actividad judicial, aún cuando esté realizada por algunos sujetos que no tienen función jurisdiccional, las partes, por ejemplo, importa un ejercicio público trascendente, tal vez el más importante que realice el Estado: *impartir justicia*.
- (d) Que el sistema procesal permita la resolución del conflicto a través de una manera consensuada, o bien, a través del fallo judicial, dada como conclusión a la actividad dialéctica realizada por las partes.

- (e) Que el sistema procesal denote, una actividad procesal dialéctica. El concepto *dialéctico* a que se ha hecho alusión indica la presencia de intereses contradictorios de las partes, los cuales, constituyen el elemento central y distintivo del proceso judicial (civil, laboral, penal, etc.); donde todos, de una manera u otra, han coadyuvado para que se logren dos fines a través del proceso, uno privado: que se ponga fin al conflicto de intereses, y otro público: que se postule una sociedad con paz social en justicia.

TOMA DE POSTURA

La sanción que impone el Estado al responsable de un delito es una manera de gestionar y dar respuesta a un conflicto de intereses surgido entre los involucrados en el drama penal, no excluyendo otras soluciones como la consensuada, siempre y cuando se descansa en la veracidad de los hechos, el respeto a los derechos constitucionales, así como, la aplicación correcta del Derecho.

1.3 EL PROCESO PENAL ACUSATORIO CON TENDENCIA A LO ADVERSARIAL Y LA ESTRATEGIA PROCESAL

Según Juan Enrique Vargas Viancos, en prácticamente todos los países de América Latina, los procesos de recuperación democrática experimentados a partir de la década de 1980 vinieron acompañados de reformas a sus sistemas de justicia con una profundidad bastante insólita para un sector caracterizado por su inmutabilidad.³⁷

En ese sentido, la señal inequívoca de la reforma latinoamericana es construir el sistema de justicia penal sobre la base del principio acusatorio, el cual exige que no debe ser la misma persona la que realice las investigaciones y decida después al respecto, y que en la división de roles de los órganos estatales de persecución penal, el Ministerio Público averigua y acusa, y el Juez juzga.³⁸

En esa inteligencia, un proceso penal es acusatorio cuando quien sostenga la acusación tendrá la carga de determinar el hecho típico y probar los hechos que acrediten la responsabilidad penal de una determinada persona, sin que los tribunales puedan asumir ni rebasar los términos de la acusación, preservándose en todo momento la distinción entre las funciones propias de la acusación, de la defensa y del juzgador.

37 PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, HESBERT. "IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO DE ORALIDAD EN LATINOAMÉRICA", 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010, p. 19.

38 BAUMANN, Jürgen. "DERECHO PROCESAL PENAL. CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS PROCESALES, traducido por Conrado Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 75.

Este modelo, en palabras de Alberto Binder, se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales, dado que, en la práctica ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación y el juzgamiento, como para preservar las garantías procesales.³⁹

La referida eficacia se debe a las notas características del proceso acusatorio, las cuales son:⁴⁰

1. Separación de las funciones procesales.
2. El inicio del proceso por sujeto distinto del juez, esto es, la imputación externa como condición de procedimiento: *nemo iudex sine actore*.
3. Carga de la prueba totalmente en cabeza de las partes acusadoras.
4. La contradicción entre partes adversas o enfrentadas: *principio de contradicción*.
5. Precisión y carácter circunstanciado de la imputación e inalterabilidad de su continencia objetiva.
6. La presencia de principios y garantías procesales, tales como: oralidad, inmediatez, publicidad, contradicción y presunción de inocencia.

En esa inteligencia, la necesidad de una acusación se fundamenta en evitar la contaminación del Juez con los datos del proceso, y para asegurar su imparcialidad, que sea una de las partes, como interesada en obtener una respuesta al conflicto penal, quien postule, argumente y acredite el por qué el Estado debe castigar al imputado. Al respecto, Muñoz acota que el Ministerio Público es algo así como el retador en el cuadrilátero judicial.⁴¹

Sin embargo, el modelo acusatorio no descarta la presencia de una defensa proactiva, antes que reactiva; es decir, un abogado defensor que no esté siempre a la expectativa de lo que realice el Ministerio Público para promover un ataque, o bien, recurriendo a una pasividad so pretexto de la presunción de inocencia. Por el contrario, la defensa debe contar con una estrategia para la planificación, proyección y dirección de sus actuaciones, hacia un resultado concreto.⁴²

En resumen, y reproduciendo las palabras de Cano Jaramillo, “como el proceso tiene su complejidad y especialidad profesional, se necesita de abogados competentes

39 BINDER, Alberto M. “INICIACIÓN AL PROCESO PENAL ACUSATORIO”, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, 2000, p. 43.

40 Para mayores detalles consúltese: PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. “FUNDAMENTOS DEL SISTEMA ACUSATORIO DE ENJUICIAMIENTO PENAL”, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 14-32.

41 MUÑOZ NEIRA, Orlando. “SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE ESTADOS UNIDOS”, primera reimpresión, Editorial Legis, Bogotá, 2008, p. 131.

42 BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “ESTRATEGIAS PARA EL DESAHOGO DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL”, Editorial Flores, México, 2010, p. 100.

para que con su saber técnico ejerzan la defensa o representen a las víctimas. De manera concreta pueden participar en la práctica de las pruebas, en los interrogatorios y contrainterrogatorios, en las diferentes audiencias, en el debate del juicio oral, en la controversia de la prueba, en suma, en todo el ejercicio dialéctico de persuadir, contradecir e impugnar”.⁴³

Lo señalado en el párrafo anterior ha sido estudiado por la literatura especializada bajo el epígrafe: *adversarial*, que es otro rasgo que caracteriza la reforma penal en Latinoamérica (así tenemos: Chile, 2000; Colombia, 2004; Perú, 2004; México, 2008).

Al respecto, Neil Vidmar, profesor de la Universidad de Duke, escribe: “En el procedimiento adversativo cada parte tiene la responsabilidad de desarrollar y presentar la evidencia en el juicio. La evidencia es presentada en una audiencia concentrada entre el juez y el jurado, ninguno de los cuales ha tenido previo conocimiento de ella. Existe un orden preestablecido para esa presentación, conforme al cual el fiscal hace primero su presentación, con cada uno de sus testigos sujetos a contrainterrogatorio de la contraparte. Luego la defensa presenta sus testigos, también sometidos a contrainterrogatorio de la parte opuesta. Al final, cada parte presenta sus argumentos al jurado y el juez instruye a éste acerca del derecho aplicable antes de que el jurado se retire a deliberar, para entregar luego su veredicto. A través de este proceso tanto el juez como el jurado permanecen como escuchas pasivos. El papel del juez está limitado al ser el árbitro de la contienda de acuerdo a determinadas reglas probatorias y procesales. Dado que las partes contendientes desarrollan la evidencia, existe un fuerte énfasis en la presentación oral en el juicio de tal modo que el juez y el jurado puedan juzgar los méritos de las pruebas de primera mano en orden a detectar cualquier prejuicio o inconsistencia”.⁴⁴

En ese orden de ideas, lo adversarial denota una división de responsabilidades entre quien toma la decisión y las partes; tanto la decisión jurídica como la fáctica corresponden a un tercero imparcial que adopta una posición en virtud del material suministrado por las partes adversarias, que son el Ministerio Público, de lado y la defensa, de otra. Que el sistema sea adversarial significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias. Pero eso no significa que el juez sea un *invitado de piedra*, sino que debe estar pendiente para evitar los excesos de las partes e imponer una de ellas el deber de contribuir en la consecución de información requerida por la otra, de tal suerte que no podemos hablar de un sistema adversativo puro, sino de un sistema con tendencia a lo adversarial o un adversarial regulado.

43 CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. “ORALIDAD, DEBATE Y ARGUMENTACIÓN”, 2da. Reimpresión, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007, p. 32.

44 MUÑOZ NEIRA, Orlando. Ob. Cit., pp. 128-129.

Como señala Fernando Velásquez: “El trámite procesal está presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios; el proceso es la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan. El proceso no puede entenderse como un monólogo del juez, sino como un diálogo abierto entre los diversos intervinientes en su calidad de partes, sujeto a acciones y reacciones, a ataques y contraataques; es un juego en el cual los contendientes armados de la razón luchan por el predominio de lo que creen es la verdad procesal. Por este motivo se le ha denominado también como de bilateralidad, de controversia o de carácter dialéctico del proceso. Este postulado emerge del más general de defensa o derecho de defensa, que a su turno forma parte del debido proceso. No es pues concebible un imputado que haga el papel de convidado de piedra sujeto a la voluntad omnipotente del juez; el carácter dialéctico el proceso demuestra, como Rubianes, que en nuestro régimen democrático la voluntad del juez no tiene el sentido de soberanía absoluta”.⁴⁵

No obstante, la participación activa y dinámica de las partes no puede ser ajeno al modelo epistemológico del objetivismo crítico, así como del concepto cognoscitvista de la prueba; esto es, que para que sea de recibo sus intereses por el órgano jurisdiccional, requieren de una estrategia y de una actividad procesal que permita comunicar al juzgador la información validada y verídica, aunque limitada o imperfecta, que permita a la autoridad judicial estimar que la expectativa que será tutelada descansa en hechos, contruidos y contextualizados, que han sido debidamente verificados.

Frente a las consideraciones antes expuestas, quedará más que asentado la necesidad de que los abogados litigantes –que participan como parte acusadora o parte acusada– cuenten con una estrategia que permita arribar a un resultado concreto –favorable a sus intereses– manifestado en la decisión que tome el órgano jurisdiccional. Es decir, por la dinámica del proceso penal acusatorio con tendencia a lo adversarial, es una necesidad que los abogados cuenten con una herramienta metodológica que les permita la planificación, dirección, ejecución y evaluación de sus acciones en el marco de un proceso punitivo. El seguir pensando que basta con la experiencia acumulada por los años de litigio o que esto es un tema del Ministerio Público, sería un error casi irreparable, que pondría en riesgo el éxito del caso.

RELACIÓN

En la dinámica de la gestión y resolución del conflicto de intereses, las partes deben de asumir una postura proactiva, a favor de sus expectativas jurídicas, necesitando elaborar una estrategia procesal o plan de trabajo, el cual no sea ajeno al modelo epistemológico del objetivismo crítico, así como de la noción cognoscitvista de la prueba.

45 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”, Señal Editora, Medellín, 1987, p. 29.

1.4 LA TEORÍA DEL CASO COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA EL ABOGADO LITIGANTE EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

En una ponencia dictada en el marco del XX Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología celebrada en Lima, del 23 al 26 de Septiembre de 2008,⁴⁶ se comentó, entre otros puntos, la interpretación al artículo 371° del Código Procesal Penal colombiano del 2004, el cual señala: “*Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio*”. Como se aprecia, se resaltó el término *podrá*, el cual, y en el marco de una interpretación literal, denota que es una potestad de la defensa presentar, durante la audiencia del juicio oral y en la etapa de los alegatos iniciales o de apertura, su teoría del caso.

Al respecto, se comentó que se debe tener cuidado con semejante expresión, porque, y muy al margen que la carga probatoria lo tenga el Ministerio Público así como la observancia de la presunción de inocencia que le asiste al imputado, la defensa no puede presentarse al juicio oral sin una estrategia, y que, el silencio del abogado defensor o su poco activismo durante el juzgamiento, conllevaría el riesgo que el Tribunal sólo reciba información proporcionada por una sola de las partes, esto es, la fiscalía.

Es decir, una cosa es que el silencio del abogado defensor sea expresión de una estrategia elaborada previamente y que le advierta que no es el momento de desplegar una actividad de refutación y, por tanto, debe esperar otro momento para poder desplegar; y otra cosa es que el silencio obedezca a la falta de preparación del defensor, de su improvisación y desconocimiento del caso que está defendiendo.

Por tal razón, lo redactado en el artículo 371° del Código colombiano, podría originar interpretaciones tan sesgadas entre los abogados, llegando al absurdo de creer que el contar con una estrategia en la arena procesal es simplemente una potestad. Sentido que, por lo señalado en el presente estudio, debe ser totalmente descartado.

En ese orden de ideas, durante el referido certamen académico se levantaron observaciones al comentario esgrimido en el párrafo anterior, que consideramos pertinentes reproducir, así como, las respuestas que a las mismas se efectuaron; a fin de coadyuvar al desempeño de la defensa durante la fase de juzgamiento.

- (a) Una primera observación consistió en que el carácter potestativo que la normatividad colombiana señala para la teoría del caso de la defensa, se debe al respeto de una serie de garantías procesales, tales como: la carga probatoria, la presunción de inocencia y, sobre todo, por el silencio que puede guardar el acusado durante el juicio (como ocurrió en los juicios del Sr. Montesinos, ex asesor del

46 Al respecto, la mesa, donde expuse mi ponencia, estaba presidida por el distinguido jurista Dr. Alberto Bovino, a quien se le hace extensivo los saludos respectivos.

entonces presidente del Perú Alberto Fujimori); por ende, no hay una obligación de expresarse durante el juzgamiento. Al respecto, se debe decir que una cosa es la teoría del caso, como herramienta metodológica que contiene la estrategia procesal de cada una de las partes, y otra cosa es el silencio que el acusado presente durante su juzgamiento; y aún así, en nada sería de absurdo el pensar que ese silencio responde a una estrategia adoptada por la defensa. Por otro lado, el que la defensa cuente con un planteamiento metodológico en nada contraviene la observancia de las citadas garantías procesales; al contrario, sería la aplicación de una de ellas, la denominada igualdad de las partes; es decir, si el fiscal dirige su actuación, aún durante el juicio oral, mediante una estrategia, construida, desarrollada y pulida, igual proceder puede hacerlo la defensa.

- (b) Otra observación consistió en que el abogado defensor no tiene por qué construir todo un planteamiento metodológico, dado que, le puede ser suficiente la errónea estrategia o la mala dirección de la investigación por parte del fiscal o agente del Ministerio Público, la cual se ve reflejada en un desastroso desempeño en la audiencia del juicio oral; por lo que, para qué es necesario desplegar y/o exponer toda una estrategia por parte de la defensa, si es suficiente desnudar los errores de la fiscalía. Al respecto, es verdad que, frente a una deficiente investigación realizada por el fiscal va a conllevar que su estrategia se funde en yerros que en nada le favorecerá. Sin embargo, sería un error del abogado defensor, si siempre va a pensar que va a ganar su caso por los errores incurridos por el fiscal; eso sería jugar con el azar, con la rueda de la fortuna; máxime si en el diseño de corporatividad aplicado en el Ministerio Público, el caso puede ser respaldado por todo un equipo de fiscales y asistentes, donde no siempre todos se van a equivocar. Por el contrario, la defensa debe contar con un plan de trabajo, cuyo éxito, además de la calidad de contenido y aplicación que presenta, se vería respaldado por errores en la estrategia de su contraparte, pero es solo eso, un respaldo, no el sustitutivo.
- (c) Una tercera observación gira en torno al hecho que, si el fiscal tiene la obligación de contar con un planteamiento metodológico desde el momento en que toma conocimiento de la presunta realización de un hecho delictivo, la defensa no tiene por qué desplegar todo un esfuerzo constructivo e investigador, sino que, le basta en participar en las diligencias que el fiscal, como director de las investigaciones, realiza e incluso detectar puntos comunes que a la postre sean objetos de convenciones probatorias. Esta observación se ubica en la teoría del caso, no de su etapa expositiva durante el juicio, sino en sus fases de construcción y de recolección del material informativo, las cuales, operan durante la fase de investigación. Sin embargo, no compartimos lo observado, y para ello basta la siguiente reflexión: si con el modelo procesal anterior, criticábamos la pasividad de la defensa, durante la etapa de instrucción, al dejar todo en manos del Juez; entonces también será digno de criticar la misma pasividad al dejar todo, ahora, en manos del fiscal. En ese sentido, si al defensor se le faculta solicitar diligencias

de investigación al fiscal, y si no tiene una respuesta aceptable, puede recurrir al Juez es por el carácter activo-participativo que se le impregna a su actuación, aún en etapas tan tempranas como la de investigación; pero lo tiene que hacer, sobre la base de una estrategia; y si participa en las diligencias de la fiscalía, lo hace teniendo como brújula su estrategia, esto es, su plan de trabajo; caso contrario será un *invitado de piedra, alguien que golpea al viento, sin objetivo, ni dirección*. Asimismo, si durante la etapa intermedia se llegan a convenciones probatorias, que bueno, pero esa decisión las partes lo adoptan en el marco de su estrategia construida, no a ciegas.

Y retomando el texto colombiano, lo que el artículo 371° del texto adjetivo del 2004 pretende regular no es el empleo o no de la teoría del caso, sino la potestad de la defensa de tomar, si así lo desea, el uso de la palabra durante los alegatos iniciales o de apertura que se realizan dentro de la audiencia del juicio oral –potestad que no cuenta la autoridad ministerial, sino que es una obligación el presentar alegatos.⁴⁷

En suma, y ya desde una perspectiva práctica, la defensa *debe* contar con su teoría del caso, no ir sin una estrategia a la arena del litigio. Asimismo, el exponerla, durante los alegatos iniciales, no le resta efectividad alguna a su estrategia, por el contrario, permite al juzgador tener una visión diferente de los hechos, la cual, y dependiendo de la actividad probatoria a realizarse en el juicio oral (en la cual, es pensable un acusado que guarda a silencio a un abogado defensor callado, sin nada que hacer, sin nada que decir, esperando que la fiscalía cometa errores, a fin de ganar), ser de recibo en la sentencia.

1.5 CONCEPTO DE LA TEORÍA DEL CASO

En principio, el origen de la teoría del caso la encontramos en la literatura jurídica anglosajona y representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y

47 Una redacción más clara la encontramos en el artículo 364° del Código de Procedimientos Penales del Estado de México del 2009, que a la letra dice: “El día y la hora fijados, el juez se constituirá en el lugar señalado para la audiencia, con la asistencia del Ministerio Público, acusador coadyuvante en su caso, del acusado, de su defensor y demás intervinientes. Verificará la asistencia de los testigos, peritos o intérpretes que deban tomar parte en la audiencia y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y la declarará abierta. El juez señalará las acusaciones que deberán ser objeto de juicio contenidas en el auto de apertura de juicio oral y los acuerdos probatorios a que hubiesen llegado las partes. Enseguida, concederá la palabra al Ministerio Público y en su caso, al acusador coadyuvante, para que exponga oralmente y en forma breve y sumaria las posiciones planteadas en la acusación y luego al defensor, para que, si lo desea, indique sintéticamente la posición respecto de los cargos formulados (...).”

estrategias, a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias del proceso.⁴⁸

Sin embargo, la teoría del caso que pretendemos postular en este trabajo es aquel que permita la integración de otra herramienta fundamental para el litigio penal en nuestro entorno; esto es, la teoría del delito. En otras palabras, la integración de cuestiones sustantivas y procesales en nuestro sistema jurídico de corte romano-germánico es el contenido que vamos a dar a la teoría del caso, y de esta manera diferenciarnos al tratamiento que en la cultura anglosajona le brindan a la mencionada figura.

No obstante, para el logro de tal fin, debemos construir nuestro concepto de teoría del caso, el cual, en principio, elimine o desbarate ciertos *mitos* que han rodeado a la citada teoría. En ese sentido, procuraremos, en este apartado, desmitificar dos cuestiones a través de un edificio conceptual, el cual, a la postre sirva para construir nuestro concepto de la teoría del caso.

1.5.1 PRIMER MITO: LA TEORÍA DEL CASO ES LA NARRACIÓN DE UNA HISTORIA

Es muy recurrente en la doctrina especializada el definir la teoría del caso como la narración de un relato.

Así, Michael McCullough,⁴⁹ precisa que la teoría del caso *“es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado (...) Es la “trama” para su obra que es el juicio. Como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: personajes: a) escenarios; b) elementos temporales; c) acción; d) sentimientos”*.⁵⁰

De similar opinión es Thomas A. Mauet, para quien una teoría del caso es la clara y simple historia sobre lo que realmente sucedió desde su propio punto de vista.⁵¹

48 BLANCO SUÁREZ, Rafael. Et. Al. “LITIGACIÓN ESTRATÉGICA EN EL NUEVO PROCESO PENAL”, Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 18.

49 Consultor en Defensa Pública de Checchi and Company Colombia, Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia; Bogotá, Colombia; 2002-2004. Trabaja para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y con la Dirección Nacional de Defensoría Pública del gobierno colombiano. Ha Trabajado en el litigio penal y civil en los Estados Unidos y en programas de desarrollo internacional. De 1997 a 2000 ejerció como Defensor Público para la Defensoría Pública del Condado de Maricopa en Fénix. Ha sido interventor en cursos y talleres de técnicas de juicio oral en Colombia y Venezuela.

50 PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “EL JUICIO ORAL. TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS DE LITIGACIÓN ORAL”, 2da. Edición, Flores editor, México, 2010, p. 153.

51 PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. “TEORÍA DEL DELITO. MANUAL PRÁCTICO PARA SU APLICACIÓN EN LA TEORÍA DEL CASO”, APECC, Lima, 2010, p. 238.

Para Torrico Salinas,⁵² la teoría del caso es una “explicación jurídica”. Así, “*para el Ministerio Público es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos deben dar una sanción penal en contra de su autor. Igualmente, para la defensa es la explicación jurídica de por qué no debe sancionarse al ser humano a quien se atribuye una conducta o en su caso, sancionarlo con una determinada penalidad*”.⁵³

Igualmente, Pelayo Vial Campos apunta que la teoría del caso es la narración lógica de los hechos, en un solo párrafo que, enmarcado en el contexto que la ley fija, nos lleva a la conclusión legal buscada. Es decir, es un relato de los hechos y de la ley, realizado de tal forma que lleve a una sola conclusión jurídica.⁵⁴

Para Abdalá Ricauté, miembro de la Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia, “*es el planteamiento que hace la acusación o la defensa, sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan*”.⁵⁵

Asimismo, para Claudio Lovera, la misma constituye “*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*”.⁵⁶

Igualmente, para Salas Beteta es “*el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana*”.⁵⁷

De este grupo de definiciones se resalta el elemento *narrativo* de la teoría del caso; y en ese sentido, se puede colegir que la misma denota la explicación, desde la óptica del acusador y/o de la defensa, de los hechos materia de proceso. Sin embargo, no se debe caer en la errónea idea que sólo se está ante una historia, versión o explicación narrada, porque ello se ha venido dando en la praxis a través de los alegatos los cuales son las exposiciones, durante el juicio oral, de los argumentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones de las partes.

52 Director del Programa de Capacitación Permanente del Instituto de la Judicatura de Bolivia

53 PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, HESBERT. “EL JUICIO ORAL...”, Ob. Cit., p. 153.

54 VIAL CAMPOS, Pelayo. “TÉCNICAS Y FUNDAMENTOS DEL CONTRAEXAMEN EN EL PROCESO PENAL CHILENO”, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, p. 53.

55 PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, HESBERT. “EL JUICIO ORAL...”, Ob. Cit., p. 153.

56 Idem, p. 153.

57 Idem, p. 154.

En efecto, la teoría del caso tiene un significado mayor, al dotarle a las partes de un análisis estratégico del proceso; ordenando y clasificando la información; adecuando los hechos al tipo penal y obteniendo los argumentos básicos para tomar decisiones importantes. No se le puede reducir a su fase expositiva, dado que, y como se verá más adelante, la teoría del caso se construye desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos materia de proceso, e implica la articulación de varios elementos, como son lo fáctico, jurídico y probatorio.

Por ende, al referirnos a la construcción y articulación de elementos es que nos acercamos a un modelo conceptual que observa el carácter sistémico de la teoría del caso; es decir, que permite hablar de “teoría” y no solamente una historia, *persuasiva*, de lo que ocurrió.

Como indica la Procuraduría General de República Dominicana,⁵⁸ para que podamos afirmar que estamos frente a un caso es necesario:

1. Contar al menos provisionalmente con un cuadro fáctico posible
2. Constatar que esos hechos tienen relevancia penal porque son subsumibles dentro de alguna norma penal que creemos aplicable
3. Contrastar esos hechos con la prueba, de modo que cada elemento fáctico sea demostrado por un elemento de convicción.

En ese orden de ideas, la teoría del caso denota la conjunción, según Ana Montés, de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado; este conjunto es el que defenderá ante el juez.⁵⁹

Como se aprecia, la teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, *es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio*; los cuales, no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento.

58 Cfr. Procuraduría General de la República Dominicana. “Modelo de gestión de fiscalías. Procesamiento de casos”. Disponible en: www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/modelo.

59 PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hésbert. “EL JUICIO ORAL...”, Ob. Cit., p. 155.

1.5.2 SEGUNDO MITO: LA TEORÍA DEL CASO SE EMPLEA DURANTE LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

Para González y Almanza, la denominada teoría del caso constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral.⁶⁰ 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, 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”.⁶¹

Igualmente, Baytelman y Duce apunta que la teoría del caso es “un sillón cómodo y mullido desde el cual se puede apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a conclusiones que le estamos ofreciendo”.⁶²

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 aquel abogado defensor cuya teoría del caso le revela pocas expectativas de ganar el juicio oral, preferirá recurrir a una salida alterna a fin 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 anti-

60 PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Ob. Cit., p. 237.

61 BLANCO SUÁREZ, Rafael. Et. Al. Ob. Cit., p. 18.

62 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. “LITIGACIÓN PENAL: JUICIO ORAL Y PRUEBA”, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, p. 90.

cipada 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.

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.⁶³

1.5.3 NUESTRO CONCEPTO SISTÉMICO DE LA 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; en efecto, si falta alguno de los tres niveles de análisis antes mencionados –lo fáctico, jurídico y probatorio– estaríamos en presencia de un simple relato o historia, pero no frente a un caso penal.

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.⁶⁴

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.⁶⁵

63 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 que emita el juicio de valor respectivo, dentro del marco de la audiencia de debate oral.

64 PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Ob. Cit., p. 238.

65 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

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 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.

En suma, a 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, se someterá al contradictorio en el juicio oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia.

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.

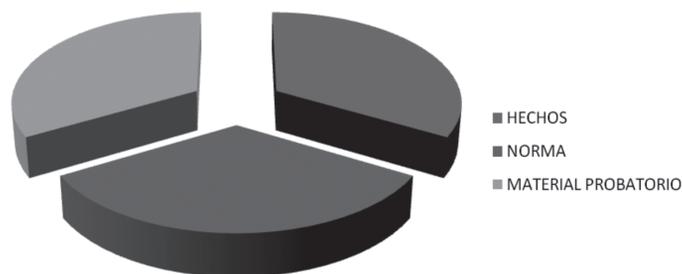
1.6 NIVELES DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL CASO

Como se indicó en el anterior punto, si las partes pretenden realizar un análisis estratégico de los hechos materia del proceso penal, entonces se requiere la realización de tres tipos de análisis: fáctico, jurídico y probatorio. A continuación, se desarrollará cada uno de estos niveles.

1.6.1 NIVEL DE ANÁLISIS FÁCTICO

Es la reconstrucción de los hechos que el interesado le ha narrado al profesional en Derecho, los cuales son obtenidos primero por medio de la noticia criminis y posteriormente por el acopio de entrevistas y documentación probatoria.

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.



Consiste en la elaboración de proposiciones fácticas que permitan, por un lado, conocer, a detalle, el suceso materia de imputación penal, y por otro lado, identificar los hechos relevantes que permitirán establecer la responsabilidad o no del imputado.

Se debe prestar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento. Con ello, se puede definir lo que posee relevancia penal, es decir, si pueden satisfacer o no los elementos que estructuran el delito por el cual es procesada la persona del imputado.⁶⁶

Lo siguiente será construir nuestras proposiciones. Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Dicho de otro modo es un elemento legal reformulado en lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, experiencias éstas sobre las que un testigo si puede declarar.⁶⁷ Por ejemplo:

1. Que el imputado se encontraba en el lugar de los hechos, en el día del homicidio.
2. Que el imputado disparó sobre la víctima.
3. Que la víctima a consecuencia del disparo murió.

Asimismo, desde el lado del defensor, podemos citar, como ejemplos, las siguientes proposiciones fácticas, conducentes a liberar de responsabilidad al imputado:

1. El imputado no estuvo en el lugar de los hechos.
2. El imputado estaba en su casa cuando mataron a la víctima.
3. El imputado no tenía móvil para matar a la víctima.

Como un punto aparte, se quiere resaltar la importancia de que la defensa elabore también su teoría del caso. En efecto, si se parte que la carga probatoria lo detenta el Ministerio Público; que el imputado no tiene la necesidad de elaborar argumentar a favor de su defensa, dado que, la fiscalía le toca destruir la presunción

66 Para mayores detalles, consúltese: A.A.V.V "LA DIMENSIÓN FÁCTICA DEL DISCURSO Y SU EVALUACIÓN". En: *Lecturas complementarias*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia y USAID, Bogotá, 2003, p. 109.

67 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Ob. Cit., p. 44.

de inocencia; o bien, que en el proceso penal se puede discutir una argumentación (la de la fiscalía) en vez de dos (la de la fiscalía y la defensa), sería, estratégicamente, una equivocación dado que, el juzgador sólo tendría una visión de los hechos, esto es, lo presentado por la fiscalía. Por tanto, nos distanciamos de toda interpretación del texto adjetivo colombiano cuando establece que la presentación de la teoría del caso, al iniciarse el juicio oral, es obligatoria para el fiscal y potestativa para el defensor, cuando lo que se pretende establecer en la citada normativa es el carácter obligatorio, para uno, y facultativo, para el otro, de presentar alegatos iniciales o de apertura en la citada audiencia.

Recomendaciones:

1. Desmenuzar los hechos materia de proceso, sin caer en generalidades.⁶⁸ Los detalles son vitales a la hora de establecer la responsabilidad (o no) del imputado. No hay que dejar nada por asentado, presumido o sobrentendido.
2. Escoger aquellos hechos, especificados, detallados, desmenuzados, que puedan ser conectados por un lado, con los elementos legales del delito materia de proceso,⁶⁹ y por otro lado, con la probable presencia de atenuantes, agravantes o eximentes –excluyentes– de responsabilidad.⁷⁰
3. Presentar las proposiciones fácticas en secuencia cronológica, pues es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que le son comunicadas.

68 La base fáctica mínima es aquella que permite responder las siguientes preguntas:

1. Quién
2. Qué
3. A quién
4. Cómo
5. Dónde
6. Cuándo
7. Por qué
8. Resultado

69 Así, por ejemplo: a) Acción; b) Sujeto autor; c) Sujeto destinatario de la acción; d) Elementos objetivos de la acción que quedaron involucrados; e) modo de realización; f) motivaciones (aunque, en este último caso, no siempre es necesario, pero se debe incluir siempre y cuando sea posible; obviamente las mismas son más importantes para la teoría del caso de la fiscalía, pero no siempre son obvias).

70 La posibilidad de que existan eximentes en el caso materia de análisis, debe ser tomadas en consideración no solo por la defensa, sino también por la Fiscalía, dado que, por principio de objetividad, el fiscal debe descartar cualquier causal que impida la configuración de la responsabilidad penal y por ende de acusación.

4. Recordar que la contraparte igualmente está elaborando su teoría del caso, por ende, también está formulando sus proposiciones fácticas. En ese sentido, no se debe dejar ningún detalle o cabo suelto, dado que, lo puede aprovechar la contraparte.
5. Evaluar e identificar aquellas proposiciones fácticas fuertes de aquellas débiles. Son fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente. En cambio, la debilidad de una proposición fáctica tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida. La fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente consideradas, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto las propias como frente a las de la contraparte.⁷¹
6. Tener en cuenta el “test de superposición”; el mismo establece que: mientras mi contraparte esté en más condiciones de superponer a mi misma proposición fáctica otra interpretación, al menos igualmente razonable y creíble sobre esos hechos, más débil es mi propuesta.

1.6.2 NIVEL DE ANÁLISIS JURÍDICO

Consiste en dos fases. La primera tiene como objetivo, por un lado, determinar la ley penal aplicable; y por otro lado, la teoría jurídica a ser empleada en el caso. La segunda fase consiste en examinar los elementos de la conducta punible; esto es la subsunción de los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada.

Con relación a la primera fase, la misma consiste en *identificar y seleccionar tanto la norma penal como la teoría jurídica a ser usados en el caso*. Con relación a la norma penal, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1. La observancia del principio de legalidad y sus garantías tales como: taxatividad y prohibición de analogía.
2. Las reglas de aplicación espacial de la ley penal: Lugar de comisión del delito; así como, la regla de la territorialidad y sus excepciones: principio de pabellón, principio de real o de protección de intereses, principio de personalidad o nacionalidad, principio universal o de justicia mundial.
3. Las reglas de aplicación temporal de la ley penal: momento de comisión del delito, así como, las reglas de irretroactividad, retroactividad benigna y ultraactividad.
4. Las reglas de aplicación personal de la ley penal: verificar la presencia de inmunidades o prerrogativas.

71 Nótese que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla, la prueba es crucial, pero es otro problema.

Por otro lado, con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la *teoría del delito* que manejaremos para dotarle de sentido penal a los hechos materia de proceso. En ese sentido, la teoría del delito es una herramienta de trabajo, que permite a las partes analizar de una manera organizada los diferentes contenidos jurídicos y normativos aplicables a una conducta.

Ahora bien, se debe de seleccionar, del universo de modelos explicativos del delito, aquel que será el instrumento de análisis jurídico. Así, tenemos que ser cuidadosos en conocer los diversos modelos explicativos antes de seleccionar el que vamos a emplear, dado, que hay algunos que construyen la estructura del delito bajo un corte bipartito: antijuridicidad y culpabilidad;⁷² otros que tienen una visión tripartita del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad;⁷³ otros que agregan un cuarto elemento: la punibilidad.

¿Cuál debemos de seleccionar? Al respecto, sugerimos que se tomen en cuenta dos datos antes de seleccionar el modelo de teoría del delito a emplear. En primer lugar, el más acorde con la normatividad del país en que uno litiga –de nada servirá conocer doctrina alemana, española o italiana y desconocer las leyes que rigen la sociedad donde uno se desempeña profesionalmente. Capaz se corra uno el riesgo de invocar una figura no permitida en la normatividad o que acaba de ser derogada. En suma, se debe conocer el entorno normativo de una determinada sociedad para que, con conocimiento de causa, buscar el marco teórico que dote de mayores herramientas explicativas.

Y, en segundo lugar, conocer, lo más profundamente posible, el modelo explicativo de la teoría del delito a aplicar. Es decir, no trabajar con un modelo por el sólo hecho de ser el último estructurado por la doctrina más especializada; o simplemente repetir frases aisladas del mismo, por haberlas escuchado en un foro o conferencia. No se trata de ponerse el “último grito de la moda”, sino de conocer y entender realmente un determinado modelo explicativo, someterlo a los juicios o test de verificabilidad y solo así estar convencido en su utilidad.

Frente a ello, y de esta forma continuar desarrollando el presente punto, vamos a seleccionar una teoría del delito que parta en considerar los siguientes elementos del ilícito penal: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.⁷⁴

72 Sobre el entendido que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad.

73 En el entendido que la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

74 Sin embargo, se hace la atinencia que, la teoría del delito que se seleccione debe responder, por un lado, al marco normativo vigente (ya sea el federal o bien de las entidades federativas), y por otro lado, al grado o nivel de conocimiento y manejo que se tenga de la corriente o escuela seleccionada. Asimismo, se hace mención que es una equivocación etiquetar el Código Penal con expresiones, por ejemplo, que el mismo es causalista, finalista o funcionalista, debido que, las antes mencionadas son escuelas o teorías que coadyuvan a interpretar las normas jurídico-penales; son puntos de vista a fin de dar sentido a las figuras penales.

De esta manera, y apoyándonos en la teoría del delito seleccionada, tenemos el siguiente esquema:

1. Conducta
 - 1.1 Voluntad.
 - 1.2 Exteriorización.
2. Tipicidad:
 - 2.1 Tipicidad objetiva:
 - a) Sujeto activo.
 - b) Sujeto pasivo.
 - c) Bien jurídico protegido.
 - d) Conducta típica.
 - e) Medios típicos.
 - f) Resultado típico.
 - g) Relación de causalidad –salvo si se trabaja los tipos de omisión.
 - h) Imputación objetiva.
 - 2.2 Tipicidad subjetiva:
 - a) Dolo.
 - a.1 Dolo directo, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual.
 - a.2 Elementos subjetivos diferentes al dolo.
 - b) Culpa. Consciente o con representación; inconsciente o sin representación.
3. Antijuridicidad.
4. Culpabilidad:
 - 4.1 Capacidad penal o imputabilidad.
 - 4.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico de su actuar.
 - 4.3 Exigibilidad de otra conducta.

A este esquema se debe agregar los siguientes puntos:

- A. Formas de realización del tipo penal:
 - a) Actos preparatorios.
 - b) Tentativa.
 - c) Consumación.
- B. Autoría y participación:
 - a) Autor. Directo, mediato o coautores.
 - b) Partícipe. Instigador o cómplice: primario o secundario.

La configuración de los elementos de este esquema permitirá establecer la configuración de un ilícito penal. Sin embargo, al mismo se deben agregar dos esquemas conceptuales más:

1. Teoría modificatoria de la responsabilidad penal:
 - 1.1 Atenuantes: Genéricos, específicos o mixtos.
 - 1.2 Agravantes: Genéricos, específicos o mixtos.
2. Teoría de los eximentes de responsabilidad penal:
 - 2.1 Aquellos que eliminan la conducta:
 - 2.1.1 Fuerza física irresistible.
 - 2.1.2 Movimientos reflejos.
 - 2.1.3 Estados de inconsciencia.
 - 2.2 Aquellos que eliminan la tipicidad:
 - 2.2.1 Error de tipo, ya sea vencible (si no existe el tipo culposo que ordena la ley imputar al sujeto activo), o bien, invencible.
 - 2.2.2. Acuerdo.
 - 2.3 Aquellos que eliminan la antijuridicidad:
 - 2.3.1 Legítima defensa.
 - 2.3.2 Estado de necesidad justificante.
 - 2.3.3 Ejercicio legítimo de un derecho.
 - 2.3.4 Cumplimiento de un deber.
 - 2.4 Aquellos que eliminan la culpabilidad:
 - 2.4.1 Inimputabilidad:
 - a) Anomalía psíquica.
 - b) Trastorno mental transitorio.
 - c) Minoría de edad.
 - 2.4.2 Error de prohibición invencible.
 - 2.4.3 Error de comprensión culturalmente invencible.
 - 2.4.4 Inexigibilidad:
 - a) Estado de necesidad exculpante.
 - b) Obediencia jerárquica.
 - c) Miedo insuperable.

Todos estos esquemas deben ser seleccionados y adecuadamente empleados por las "partes", sin excepción alguna. En efecto, el abogado defensor debe analizar todos estos puntos, a fin de establecer si su estrategia va por la absolución de su patrocinado, o bien la atenuación de la pena, o por último, cuando existan pocas alternativas, el

optar por la confesión a fin de conseguir una reducción de la pena. Asimismo, el Ministerio Público tiene, por los deberes de lealtad y objetividad –recogidos en una serie de normatividades, como son los casos del artículo IV del Código Procesal Penal peruano del 2004 o el artículo 137º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México del 2009– el verificar, no solamente la presencia de los elementos configuradores del delito o bien los agravantes, sino que debe ir más allá, indagando si también se han configurado atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

Por otro lado, este nivel de análisis jurídico se completa con una segunda fase consistente en un proceso de subsunción lógico-normativa, con el objetivo que las proposiciones fácticas configuren cada elemento de las teorías expuestas líneas arriba, esto es: la configurativa del delito, de modificación de responsabilidad penal y los eximentes de responsabilidad jurídico-penal.

A continuación citaremos algunos ejemplos:

- (a) Para determinar al sujeto activo:
- Juan, el 20 de Marzo del 2010, ingresó a la Discoteca “Zero”.
 - Juan, es empujado por “x”.
 - Juan, tuvo un altercado con la víctima “x”
 - Juan rompe una botella de cerveza
 - Juan, con la botella de cerveza, le produce un corte profundo en el cuello de la víctima.
- (b) Para determinar al sujeto pasivo:
- “X”, el 20 de marzo del 2010 ingresó a la Discoteca “Zero”.
 - “X”, en aquella discoteca, tuvo un altercado con Juan.
 - “X”, a raíz del altercado, recibe un corte profundo por parte de Juan, en su cuello, mediante un pico de botella de cerveza.
 - “X” fallece desangrado.
- (c) Para determinar el dolo:
- Juan, el 20 de Marzo del 2010, ingresó a la Discoteca “Zero”.
 - Juan, es empujado por “x”.
 - Juan, tuvo un altercado con “x”.
 - Juan rompe una botella de cerveza.
 - Juan, con el pico de la botella, le realiza un corte profundo en el cuello de “x”.
- (d) Para determinar la imputabilidad:
- Juan tiene 28 años de edad.
 - Juan es arquitecto.
 - Juan aún no había consumido licor cuando estuvo en la discoteca “Zero”.

Como podrán apreciar, cada elemento de la teoría del delito seleccionada se ve configurada por más de una proposición fáctica, que previamente han sido elaboradas. Y en ese sentido, este proceso de subsunción debe ser elaborada por las partes al momento de estar construyendo su teoría del caso.

Recomendaciones:

1. Ud. no busca desarrollar un tratado de “Derecho penal”, sino que la utilidad del análisis jurídico es establecer o refutar elementos del delito.
2. El proceso de subsunción tanto de la fiscalía como la defensa debe agotar la presencia (o no) de los elementos configuradores del delito, atenuantes, agravantes o eximentes.
3. Como defensor, no le debe desanimar si el proceso de subsunción da lugar a la presencia de los elementos del delito; por el contrario, continúe con el proceso de subsunción, esta vez, en sede de presencia de atenuantes. No siempre habrá eximentes, pero tal vez haya atenuantes.⁷⁵

1.6.3 NIVEL DE ANÁLISIS PROBATORIO

Construida la teoría del delito, el paso siguiente es organizar la evidencia de tal forma que la misma apoye la referida teoría. En ese sentido, la evidencia tiene por finalidad demostrar que no solamente tenemos una historia, sino un suceso en la realidad.

Frente a ello, cabe señalar que el *análisis probatorio consiste en establecer las evidencias o material probatorio que corroboren la existencia de aquellas proposiciones fácticas que configuran (o descartan) los elementos de la teoría del delito seleccionada*. Es el denominado “sustrato evidencial del caso”, es decir, el conjunto de elementos derivados de las fuentes personales, documentales, materiales, etc., con que se cuenta, deben someterse también a un riguroso examen en cuanto a su licitud y también en lo que se refiere a sus contenidos implícitos y explícitos, de manera que sea posible afirmar que respaldan la hipótesis fáctica y jurídica que se ha formulado y que no se trata tan solo de una interesante historia. Entre las evidencias con que podemos contar, tenemos:

75 Ahora bien, si tampoco hay atenuantes, entonces su estrategia debe ser aquella que le permita una reducción de la pena a mérito de acogerse a algunas de las instituciones procesales que la ley establece, tales como: confesión sincera, terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz; o bien, de la reparación civil, a través de la transacción o los acuerdos reparatorios. Aunque claro está el estudio de estas figuras escapan al marco de análisis de la teoría del caso.

Por su naturaleza física, la evidencia se puede organizar por clases:

1. Evidencia personal o testimonial. Es el llamamiento de testigos y peritos. Comprende, la entrevista, si se está en la etapa de investigación, así como el interrogatorio y contrainterrogatorio, si se encuentra uno en la fase de juicio oral.
2. Evidencia documental. Son los documentos, a saber, cualquier superficie que soporte un mensaje comunicante: fotografías, planos, pictografías, fórmulas comerciales (cheques, facturas, letras), fórmulas legales (escrituras públicas, testimonios de escritura pública).
3. Evidencia real. La palabra “real” viene del latín *res*, que significa “cosa”. Es la evidencia compuesta por cosas, o sea, por objetos: cuchillos, armas, lesión visible en el cuerpo. También es llamado “exhíbit” por la doctrina.

Por su fuerza demostrativa, la evidencia se puede clasificar en dos tipos, según:

1. Evidencia directa: Establece existencia del hecho en forma inmediata. Ejemplo: en el caso de prueba testimonial, está dada por el testigo que vio la realización de la acción típica matar, falsificar, librar el cheque sin fondos, el desapoderamiento, la usurpación.
2. Evidencia indirecta o circunstancial: En materia de evidencia real, está dada por el rastro de sangre; en materia de evidencia demostrativa, está dada por la fotografía del vehículo donde consta el hundimiento de la puerta cuyo testigo indica que fue a causa de las patadas del ofensor. En materia de evidencia testimonial, sería el caso del testigo que oyó un grito, volvió a ver y pudo constatar que el ofendido estaba herido en el suelo y había varios sujetos, de los cuales uno tenía un cuchillo en la mano. Esta evidencia es indirecta porque el testigo no presencié la acción típica sino su momento inmediato posterior.

Ahora bien, para cada proposición fáctica debe corresponder dos o más evidencias que la demuestren o nieguen. Y señalamos dos o más evidencias, porque si sus proposiciones lo sustentan en una sola evidencia, corre varios riesgos; por ejemplo, que no la ubique o halle, o bien si la encuentra, que su contraparte la destruya o que la información que posee no es la esperada. En todos estos casos, si no se cuenta con esa evidencia, no podrá demostrarse la configuración de la preposición fáctica planteada, y, por ende, de algún elemento de la teoría jurídica seleccionada. En cambio, si cada proposición descansa en dos o más evidencias, puede al menos confiar que si una de esas evidencias no es hallada o bien es destruida por la contraparte, le quedan las otras que darán veracidad a su proposición fáctica.

Frente a lo señalado, brindamos los siguientes ejemplos:

1. La proposición fáctica: “Juan, el 20 de Marzo del 2010, ingresó a la Discoteca “Zero”, descansa en las siguientes evidencias:

- Entrevista⁷⁶ de Juan
 - Entrevista del vigilante “Y”
 - Entrevista del mesero “Z”
 - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la Discoteca “Zero”.
2. La proposición fáctica: “Juan tuvo un altercado con X”, descansa en las siguientes evidencias:
- Entrevista de Juan
 - Entrevista del mesero “Z”
 - Entrevista de “Q” amiga de “X”
 - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la Discoteca “Zero”.
3. La proposición fáctica: “Juan con el pico de botella le causó un corte profundo al cuello de X”, descansa en las siguientes evidencias:
- Entrevista de Juan
 - Entrevista de “Q” amiga de “X”
 - Imágenes captadas por la cámara de seguridad de la Discoteca “Zero”.
 - Examen médico-legista
 - Pico de botella incautado.

Como se podrá observar cada proposición fáctica descansa en dos o más evidencias. En este caso, y como el ejemplo correspondería a la teoría del caso formulada por la fiscalía, el representante del Ministerio Público podrá dividir a su equipo de trabajo para la identificación y aseguramiento del material probatorio; así un grupo se encargará del área de entrevistas; otro del área de los documentos; otro del área de las pericias, etc. *Una adecuada teoría del caso permite saber qué evidencia buscar, dónde, así como, permite una funcional división de trabajos, ya sea fiscalía o en la defensa. Asimismo, durante el desarrollo del juicio oral permite establecer los parámetros del examen y contraexamen de testigos y peritos, así como, el análisis de las demás pruebas.*

Recomendaciones:

1. La construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que necesitaremos.

76 Recuérdese que, en la audiencia del juicio oral, y por excepción en la audiencia de prueba anticipada, las respuestas a las preguntas dadas por una determinada persona, en presencia del Juez, se denomina interrogatorio o contrainterrogatorio, según fuese el caso.

2. También la prueba puede ser fuerte o débil. Allí donde en las proposiciones fácticas el test de fortaleza o debilidad es el test de la superposición, en el caso de la prueba el test es el de la credibilidad.⁷⁷
3. Anticipe futuros problemas con probabilidad de presentarse, a causa de los efectos que pueda tener la introducción de ciertas evidencias por la contraparte. Estos deben ser siempre revisados y analizados para descubrir sus fortalezas y debilidades; así poder en el juicio minimizar aquellas y resaltar éstas.⁷⁸

Para graficar los tres niveles de análisis, presentamos la siguiente tabla que debe ser llenada por las partes a la hora de elaborar su teoría del caso:

TABLA DE CONSTRUCCIÓN DE LA TEORIA DEL CASO

Hechos	Teoría jurídica seleccionada	Subsunción de los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada	Evidencias
Aquí se redactan las proposiciones fácticas. Recuerde que los detalles son importantes; no deje nada por sentado.	Aquí se identifica los elementos de la teoría jurídica a ser aplicada en el caso: 1. Elementos del delito 2. Atenuantes 3. Agravantes 4. Eximentes	Aquí cada elemento que configura o descarta algún elemento de la teoría jurídica seleccionada, descansa en varias proposiciones fácticas	Es el material probatorio que permite establecer la veracidad de los hechos. Obsérvese que cada hecho o proposición fáctica debe descansar en dos o más evidencias.

1.7 CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- (a) **Sencillez.** Los elementos que la integran deben contar con claridad y sencillez los hechos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.

⁷⁷ En este sentido, es posible que tengamos proposiciones fácticas muy fuertes, pero respecto de las cuales contamos con pruebas muy débiles.

⁷⁸ Los medios de pruebas frecuentemente son manipulados ilícitamente, contaminados o recogidos de manera ilegal, ya sea porque se aplicaron procedimientos antitécnicos, ya que las partes que pretende hacerlos valer defrauda al proceso y a los actores.

- (b) **Lógica.** Porque debe guardar armonía y debe permitir deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- (c) **Credibilidad.** Para lograrse explicar por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.
- (d) **Suficiencia jurídica.** Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba (cadena de custodia).
- (e) **Flexibilidad.** Ya que inicialmente se concibe cómo será el juicio pero este siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos como todo proceso adversarial. La Teoría del Caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal.

1.8 UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso presenta las siguientes ventajas:

- (a) Realizar un análisis estratégico del caso.
- (b) Ordenar y clasificar la información del caso.
- (c) Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis.
- (d) Determinar qué es lo que esperamos de la investigación.
- (e) Seleccionar la evidencia relevante.
- (f) Detectar debilidades propias.
- (g) Identificar las debilidades de la parte contraria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Con relación a la finalidad del proceso judicial

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico". En: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*, 2da. Edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. "La motivación de la prueba". En: *Constitución y derechos fundamentales*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004.
- GASCON ABELLAN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2004 (existe una 3ra. Edición, del 2010).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal parte general*, 4ta. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alonso. *Derecho penal español*, 18va. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.
- TARUFFO, Michele. "Modelli di prova e di procedimento probatorio". En: *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990.
- TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año VII, Nº 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. *El mismo. La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

2. Con relación al proceso penal acusatorio con tendencia a lo adversarial

- A.A.V.V. *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del Siglo XXI*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1998.
- A.A.V.V. *Sistema penal acusatorio*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2005.
- A.A.V.V. *Conversatorio nacional. Sistema penal acusatorio*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2005.
- A.A.V.V. *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- ABALOS, Raúl. *Derecho procesal penal*, Tomos I al III, Editorial Cuyo, Buenos Aires, 2008.
- ALARCÓN GRANOBLES, Héctor. *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2005.

- ARMENTA DEU, María Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- ARMIJO, Gilbert. *Garantías constitucionales, prueba ilícita y transición al nuevo proceso penal*, 2da. Edición, Editorial IJSA, San José, 2001.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Et. Al. *La posición fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. Et. Al. *Derecho procesal penal aplicado*, Editorial Flores, México, 2009.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Código de Procedimientos Penales del Estado de México*, Tomos I y II, Editorial Flores, México, 2009.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Editorial Flores, México, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Código Procesal Penal del Estado de Durango Comentado*, Tomos I y II, Editorial Flores, México, 2010.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BINDER, Alberto M. *Iniciación al proceso penal acusatorio*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires, 2000.
- BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal. Nuevos estándares y controversias*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2008.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho procesal penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *Oralidad, debate y argumentación*, 2da. Reimpresión, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- CARMONA RUANO, Miguel. *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

- COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho procesal penal español*, CESEJ, Madrid, 2008.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Et. Al. *Los procesos penales*, Tomo V, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. Et. Al. *La reforma judicial y las alternativas para la administración de Justicia en México*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2005.
- CRUZ VEGA, Henry. *Los principios sustanciales del proceso penal con tendencia acusatoria en México*, Flores editor, México, 2010.
- DI LERTORA, Romeo. *La transición al nuevo proceso penal. Manual para abogados*, Tomo I, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 2004.
- DUCE, Mauricio y RIEGO Cristian. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Tomo I, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003.
- GARCÍA BORREGO, José Antonio y FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás. *Introducción al Derecho procesal penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*, Tomo II, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ, Samuel. Et. Al. *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, Fontamara, México, 2005.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luís y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- GUERRERO PERALTA, Óscar. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.
- LEDESMA, Ángela. *La reforma procesal penal*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho procesal penal*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MARÍN VERDUGO, Felipe. "Declaración de la parte como medio de prueba". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 01, Universidad de Talca, 2010.
- MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre un nuevo proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009.
- MORA MORA, Luís. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- MORAS MOM, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal*, 6ta. Edición, Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

- MORELLO, Augusto. *El nuevo horizonte del Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*, 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, primera reimpresión, Editorial Legis, Bogotá, 2008.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Introducción al Derecho procesal*, Editorial Comares, Granada 1999.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Implementación del proceso penal acusatorio de oralidad en Latinoamérica*, 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral penal. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010.
- PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- RESTREPO MEDINA, Manuel. *El nuevo sistema acusatorio*, Editorial Intermedio, Bogotá, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Tomos I y II, 1era. Edición, Editorial Grijley, Lima, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La reforma del proceso penal". En: *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, N° 26, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- SOANE SPIEGELBERG, José. *Manual de Derecho procesal penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009.
- SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José. *Juicio oral en el proceso penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- TRUJILLO NEIRA, Luís Eduardo. *Gestión administrativa en el sistema acusatorio penal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho procesal penal. La realización penal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

VELÁSQUEZ ESTRADA, Alfonso. *Nuevo sistema de justicia penal para México*, Editorial Porrúa, México, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Señal Editora, Medellín, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *América Latina. Análisis regional*, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

3. Con relación a la teoría del conflicto, tanto en su sentido sociológico como en su aplicación en el proceso penal

ÁNGULO GONZÁLEZ, Guillermo. *La justicia restaurativa en el nuevo sistema procesal penal. Ley 906 de 2004*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

BALANDIER, Georges. *El desorden, la teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, Gedisa, Barcelona, 1990.

BARATTA, Alessandro. "El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad". En: *Criminología y sistema penal*, B de F Editores, Montevideo, 2004.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y MERCADO MALDONADO, Asael. "El Estado en la gestión del conflicto: La reforma del proceso penal en Latinoamérica". En: *Revista Opinión Jurídica*, N° 09, Universidad de Medellín, Medellín, 2010.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "Fundamento del sistema acusatorio con tendencia adversarial. El proceso penal como marco de discusión de conflictos de intereses y de legitimación de la imposición de la sanción por parte del Estado". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 90, Lima, 2008.

CADÍZ, Abel. "Conflicto y negociación", Ibérico Europea Ediciones, Madrid, 1984.

CALDERÓN, Percy. *Teoría de conflictos en Johan Galtung*, Instituto de la Paz y Conflictos, Granada, 2008.

COSER, Lewis. "Nuevos aportes a la teoría del conflicto social", Amorrotu editores, Buenos Aires, 1967.

CRISTHIE, Nils. "Los conflictos como pertenencia". En: *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

DAHRENDORF, Ralph. "El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad", Biblioteca Mondadori, Barcelona, 1990.

ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo plan*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

FISAS ARMENGOL, Vicenç. *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Editorial Icaria, Barcelona, 1998.

- GALTUNG, Johan. *Violencia cultural*, Gernika Gogoratuz, Documento de trabajo Nº 14, Bilbao, 2003.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Mario. *Enciclopedia de paz y conflictos*, Editorial Universidad de Granada, Junta de Andalucía, Granada, 2004.
- LORENZO CADARSO, Pedro. *Fundamentos teóricos del conflicto social*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2001.
- MENDONCA, Daniel. *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- MORENO CATENA, Víctor. "El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito". En: *Hacia un nuevo proceso penal*, Manuales de Formación Continuada Nº 32, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial, Madrid, 2005.
- PARIS ALBERT, Sonia. *Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica*, Editorial Icaria, Barcelona, 2009.
- PAZOS CROCITO, José Ignacio. *Análisis estructural de la teoría del conflicto y del Derecho penal*, Editorial Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007.
- REDORTA, Josep. *Entender el conflicto. La forma como herramienta*, Editorial Paidós, Barcelona, 2007.
- SÁNCHEZ PÉREZ, José. "Aproximación genérica del conflicto", en: *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.
- SANDOVAL, Mary Luz. "Teoría sociológica, conflicto y terrorismo", en: *Revista Virajes*, Año 8, Nº 8, Enero-Diciembre, Departamento de Antropología y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, Manizales, 2006.
- VYNIMATA, Eduard. *Manual de Prevención y resolución de conflictos: Conciliación, mediación, negociación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999. *El mismo, Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- WORCHEL, Stephen /LUNDGREN, Sharon. "La naturaleza y resolución del conflicto". En: *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Editorial Paidós, Barcelona, 1996

4. Con relación a la teoría del caso

- BAYLEY, Francis Lee. *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa, México, 2008.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael. Et. Al. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2003.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, Editorial Qubecor World, Bogotá, 2003.
- GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, APECC, Lima, 2010.
- VIAL CAMPOS, Pelayo. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.

CAPÍTULO II

LA ESTRUCTURACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

2.1 LOS CUATROS PASOS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

En el capítulo anterior se estableció que la teoría del caso es una herramienta metodológica que articula los hechos, las normas y la evidencia, en un solo sentido u orientación, permitiéndole al abogado el contar con una estrategia o planificación para su actuación en la dinámica del proceso penal acusatorio.

Igualmente, adelantamos que el contenido de la teoría del caso está dado por el material fáctico, normativo y evidencial; donde, en el material normativo se ve integrado la teoría del delito, la cual es otra herramienta empleada por los abogados litigantes en aquellos sistemas normativos que pertenecen a la familia romano-germánica.

En efecto, en la integración teoría del caso-teoría del delito, con el material doctrinal elaborado por los alemanes y españoles cuyos aportes son dominantes en Europa continental como en Latinoamérica, estructuraremos un contenido diferente a lo manejado por la doctrina anglosajón, dado que, somos conscientes de la importancia, para el abogado latino, de la teoría del delito. Asimismo, si se logra esta integración, el profesional del Derecho encontrará en la teoría del caso una poderosa herramienta de trabajo que le permite el manejo de cuestiones tanto sustantivas como procesales.

RECUERDA

La teoría del caso que estamos construyendo busca subsumir la teoría del delito, al ser otra importante herramienta de trabajo para el abogado que labora en el sistema de justicia penal europeo continental o latinoamericano, diferenciándonos con la construcción del caso del sistema anglosajón, el cual no presenta una teoría del delito similar a la nuestra.

Por otro lado, y ello lo vamos a desarrollar en el presente capítulo, la teoría del caso se construye desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos, por su aplicación e importancia irradia en cada una de las etapas del proceso penal, y no solamente en la audiencia del juicio oral.

En efecto, ¿en qué momento debe configurarse la teoría del caso? Para responder esta pregunta debemos de partir de la siguiente premisa: *la teoría del caso se construye debido al carácter adversarial del proceso penal*. En efecto, el proceso penal es el marco de discusión de un conflicto de intereses originado por la comisión de un delito. Intereses de carácter público como privado; público, en el sentido que el delito afecta a la sociedad (ello legitimaría la intervención procesal del Ministerio Público); privado, porque también encontramos una concreta víctima quien persigue expectativas de sanción (llevada al órgano jurisdiccional por el Ministerio Público) como de reparación (quien pueda hacerla suya al constituirse como actor civil), sin olvidarnos los intereses o expectativas propias del imputado, quien busca la absolución, o por lo menos, una sanción atenuada, o bien, del tercero civil, frente a la probable imposición del pago solidario de la reparación de los daños (también conocida como reparación civil).

Ahora bien, el carácter adversarial denota que cada una de las partes buscará demostrar la credibilidad de sus intereses y refutar las de su contraparte. Pero pensar que ello va ocurrir solo durante la fase de juzgamiento, sería un error de perspectiva y estrategia, dado que, al juicio oral se llega previo análisis estratégico tanto de las fortalezas y debilidades de su postura como las de su adversario; y ello se logra contando, con un método y con el tiempo suficiente para aplicarlo y dejarlo desarrollar.

El método no sería otra que la *teoría del caso*, el cual es el camino, como se indicó antes, para la elaboración de un análisis estratégico del proceso; ordenando y clasificando la información; adecuar los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos (de corte fáctico, jurídico y probatorio) para tomar decisiones importantes en aras de que sus intereses sean amparadas por el órgano jurisdiccional y no las de su contraparte.

El tiempo debe ser el adecuado para afrontar con solvencia el momento procesal de postular el caso, defenderlo y refutar la del otro. En ese sentido, el juicio oral solo es el momento o etapa procesal que se ha hecho referencia, obviamente, se requiere de un momento procesal anterior que permita elaborar y construir el caso.

Al respecto, consideramos que la teoría del caso *empieza a construirse desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos*. Como indica Salas Betea, una vez que se tenga la información que servirá a cada una de las partes, se debe definir cuál será la teoría del caso a demostrar.

Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio. *La teoría del*

caso no se comienza a desarrollar en el momento de la audiencia, sino desde la misma investigación. Con la *notitia criminis* y las primeras entrevistas, tanto el defensor como el acusador están en posición de iniciar lo que será el borrador de su teoría del caso. Las pruebas que vayan acopiando irán perfilando esa idea, hasta hacerla tomar cuerpo de hipótesis. No hay duda de que en la teoría del caso el abogado deberá ir añadiendo y desechando elementos. Para cuando llegue al juicio, el litigante deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica, los cuales serán muy importantes en la preparación del caso.

Pero, la construcción de una teoría del caso no se da al azar, tiene una metodología, que para nosotros, está compuesta de cuatro fases, las cuales son: a) *constructiva*, b) *recolectiva*, c) *depurativa*, y d) *expositiva*, las cuales están en correspondencia con cada una de las fases del proceso penal, puesto que, los objetivos, estructura y dinámica de cada etapa del proceso coadyuva a la eficacia de la teoría del caso; esto es lo que denominamos *la tetradimensionalidad de la teoría del caso: cuatro fases que conectados con las etapas del proceso penal, permitirá un diseño coherente y adecuado.* A continuación se analizará cada una de estas fases.

2.2 LA FASE CONSTRUCTIVA DE LA TEORÍA DEL CASO

La fase constructiva es aquella etapa donde los abogados, al tomar conocimiento de la *notitia criminis*, elaboran sus primeras hipótesis de trabajo que permitan darle a los hechos materia de proceso un sentido favorable a sus intereses. En efecto, cuando se conoce, ya sea el Ministerio Público (fiscal) o el abogado defensor, los hechos configuradores de un ilícito penal, deben de ir elaborando sus hipótesis iniciales (que pueden ir variando mientras el proceso penal va desarrollándose, a fin de llegar a uno definitivo a ser postulado y demostrado en el juicio oral).

Ahora, cuando nos referimos por *hipótesis iniciales* nos estamos refiriendo al análisis fáctico, jurídico y probatorio que hemos desarrollado en el anterior capítulo y que profundizaremos en los siguientes; es decir, por construcción del caso se entiende desmenuzar los hechos, seleccionar la teoría jurídica aplicable al caso, subsumir los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada e identificar las evidencias que den sustento a cada uno de los hechos ya desmenuzados.

Obviamente, si postulamos que la construcción de la teoría del caso se da desde el mismo inicio del proceso penal, con qué materiales los abogados cuentan para realizar la construcción en los términos indicados en el párrafo anterior.

Los materiales cognitivos son: a) la información presentada por la denuncia o por el informe policial; y, b) las resultas de los actos de investigación realizadas merced de las diligencias preliminares. En otras palabras es a mérito de la investigación preliminar donde los abogados podrán contar con la información necesario para establecer su caso; para el Ministerio Público, el contar con iniciales elementos de convicción que le

permita inferir que se está ante la probable comisión de un delito con su presunto responsable identificado; y para el abogado defensor el conocer los hechos y cargos que se le imputa a su patrocinado y construir su básica estrategia de defensa.

En ese sentido, la *etapa de investigación –en especial las primeras o preliminares diligencias de indagación–* es fundamental para la construcción del caso, dado que, en la misma se realizan los primeros *actos de investigación*⁷⁹ 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.⁸⁰

Estos actos de investigación tienen un valor “informativo y referencial” que buscan, no probar o acreditar el delito y la responsabilidad del imputado, sino formar “convicción” al Ministerio Público; es decir, que éste sea quien se convenza que los hechos materia de investigación tiene un carácter criminal. Pero, cómo se va convencer; por un lado, con la versión de los hechos que está construyendo; y por otro lado, con el desarrollo de las diligencias de investigación, que le permita encontrar las iniciales y básicas evidencias que permitan establecer como ciertas las preposiciones fácticas elaboradas y que han sido subsumidas en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada, que le permita concluir la “delictuosidad” de los hechos materia de su conocimiento.

Hay una relación lógica entre construcción del caso con las diligencias propias de la investigación; dado que, qué tipos de diligencias realizar si no se tiene una guía u orientación de aquellas preposiciones fácticas que se quieren establecer como ciertas, así como, de aquellas evidencias, básicas e iniciales, que se pretenden hallar; asimismo, de qué sirve construir las preposiciones fácticas, realizar el proceso de subsunción normativa e identificar las evidencias, sin contar con una fase rápida y expeditiva, como es la investigación preliminar, que permita la realización de las urgentes e inaplazables diligencias.

79 Los actos de investigación son aquellos destinados a averiguar la realización (o no) de un hecho. Estos se diferencian con los actos de prueba, dado que, los últimos persiguen establecer la credibilidad de las afirmaciones (tendientes a fortalecer la imputación penal o su descargo). Asimismo, se diferencian, porque los actos de investigación presentan un valor informativo, no probatorio, conducente a formar convicción al Ministerio Público de la presencia de un caso probable de comisión de un delito. En cambio, los actos de prueba, buscan fundar la decisión del juez a la hora de establecer la responsabilidad o no del imputado. Finalmente, otra diferencia consistiría que los actos de prueba operan dentro del juicio oral, porque el mismo permite someterlos a la regla del contradictorio; en cambio los actos de investigación se dan antes del juicio oral; la excepción a esta regla está dada por las pruebas pre-constituida y anticipada, las cuales se actúan antes del juicio, por la imposibilidad de ser reproducidas durante la fase de juzgamiento.

80 Artículo 330.2 del Código Procesal Penal peruano del 2004.

El Ministerio Público, al momento de tomar conocimiento de los hechos, cuenta con la fase de investigación, y en especial con las primeras diligencias de investigación, para que, aquella información básica e inicial obtenida o que se obtenga con las diligencias iniciales, permita ir construyendo su caso; no es solamente para decidir si formaliza la investigación o dispone el archivo (definitivo o provisional),⁸¹ sino para que se vaya informando y elaborando una versión, provisional, de lo que realmente ocurrió y si presenta o no relevancia penal.

Igualmente la defensa, tiene que sacar provecho del objetivo y dinamismo de la investigación preliminar. En efecto, según el artículo 338.1 del Código Procesal Penal peruano del 2004, el fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias (de investigación) que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la Ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación.

En ese orden de ideas, la defensa puede participar en las diligencias de investigación preliminar, o mejor aún, hacer sus propias indagaciones (tal como lo establece el artículo 84 numerales 2 y 3 del Código Procesal Penal peruano del 2004);⁸² para ello, también ha tenido que haber construido su inicial versión de lo sucedido, a través de las preposiciones fácticas que ha elaborado, el proceso de subsunción normativa efectuado (que aparentemente da como resultado el descarte de algún elemento que denote la ilicitud de los hechos, o bien la responsabilidad de su patrocinado, o por lo menos, detectar la presencia de algún atenuante), así como, de aquellas evidencias que debe de encontrar en aras de dar credibilidad a su versión.

Si el abogado defensor adopta una postura pasiva durante la investigación, sin teoría del caso elaborada, dejando todo en manos del Ministerio Público, (convencido que solamente con redactar escritos, asesorando a su cliente que no se autoincrimine y esperanzado que “algo” pueda ocurrir en el curso del proceso que favorezca a su patrocinado y de esta forma ganar el caso), entonces está muy equivocado, dado que, ha adoptado una estrategia tan negativa que se aventura a una probable sanción a su cliente por falta de preparación técnica de su abogado defensor.

81 Según el nuevo Código Procesal Penal Peruano del 2004, de las resultas de la investigación preliminar, el fiscal podrá optar: a) Formalizar la investigación y Disponer pasar a la fase preparatoria; b) Disponer el archivo (provisional o definitivo) de la investigación o denuncia; c) Reservar provisionalmente cuando el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad; y d) Aplicar el principio de oportunidad.

82 Artículo 84 del Código Procesal Penal peruano del 2004: Son derechos del abogado defensor:
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender.

En suma, la investigación establece exigencias tanto para el Ministerio Público como para la defensa. Para el primero, porque, como director de la investigación, debe ejercer su dirección a través de un eficaz “plan de investigación o averiguación”. Para la defensa porque la norma le flanquea la posibilidad de intervenir en todas las diligencias de investigación, proponiendo o haciendo, por su cuenta, sus propias averiguaciones (en una idea de “adversariedad e igualdad de armas que configuran la dinámica del proceso penal). Pero, para el logro de estas exigencias, las partes deben tomar conciencia que desde este momento inicial deben de contar con una estrategia, tanto cognitiva como operativa. Cognitiva, en el sentido de conocer lo que pretenden averiguar y demostrar, llegado el momento, en un eventual juicio. Operativa, en el entendido de contar con un esquema de diligencias tendientes a hallar aquellas evidencias básicas que fortalezcan sus posiciones y/o debiliten las de su adversario. Y esta estrategia no es otra que la *teoría del caso*, que las partes, ya en la etapa de investigación preliminar deben ir construyendo.

NOTA

La fase de construcción del caso se da durante la etapa de investigación, en concreto, cuando se ha tomado conocimiento de un hecho con ribetes delictuosos; en donde, la hipótesis de trabajo elaborado será fundamental a la hora de realizar las primeras o preliminares diligencias de investigación.

2.3 FASE RECOLECTIVA DE LA TEORÍA DEL CASO

Una vez elaborada la teoría del caso, con el análisis, preliminar, del contenido fáctico, jurídico y evidencial respectivo, entonces se ingresa a una segunda fase, denominada aquí: *recolectiva*. Esta fase consiste en que las partes, en un plazo procesal, reunirán (recolectarán) los elementos de convicción para formular, en el caso del Ministerio Público, la acusación, y al imputado preparar su defensa, todo ello en estricta observancia del análisis estratégico, previamente realizado.

En efecto, al haber construido su estrategia, las partes deben hallar aquellas evidencias que fortalezcan su posición y debiliten la de su contraparte. Ahora bien, las preliminares diligencias de investigación, en la reforma latinoamericana por ejemplo, presentan un plazo procesal muy breve,⁸³ ya sea con detenido o bien sin detenido. En esa inteligencia,

83 Sobre el plazo procesal, se tiene que hacer la precisión que, en el Perú, el plazo para realizar los iniciales actos de investigación con detenido es de 24 horas, y sin detenido de 20 días. En México, el plazo de las preliminares actos de investigación con detenido es de 48 horas y cuando no hay detenido, la lógica a emplear es mientras que no prescriba la acción penal; sin embargo, a través de normas internas, como el Acuerdo del 27 de Abril del 2010, emitido por la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, los actos iniciales de inves-

no se puede pensar que las partes encontrarán todas las evidencias que requieren; necesitan de un momento procesal posterior y distinto a las primeras diligencias de indagación, y de esta manera dedicarse, exclusivamente, a la recolección de las evidencias que permitan solidificar tanto la acusación, así como los argumentos de defensa.

Asimismo, este momento procesal debe contar con un plazo mayor al de las primeras diligencias de investigación, porque ya no se busca realizar los actos urgentes e inaplazables, sino aquellos que complementen a los mismos y que funden decisiones estratégicas y trascendentales.⁸⁴

Este otro momento procesal está dado por aquellos actos de investigación que se agrupan en la denominada *investigación preparatoria propiamente dicha*, la cual se da una vez que el Ministerio Público haya comunicado al órgano jurisdiccional, la existencia de un caso probable de delito en contra del imputado.

En efecto, *la etapa de investigación es una sola, pero está constituida por dos momentos procesales*. La primera va desde que la autoridad ministerial ha tomado conocimiento de la noticia criminal hasta el momento en que deba decidir si formaliza la investigación o dispone su archivo. Este primer momento se le conoce como *investigación preliminar*, al desarrollarse en su seno los primeros o preliminares actos de investigación. El segundo momento va desde la formalización de la investigación, perdiendo el Ministerio Público la facultad de archivo, pasando la misma al Juez, hasta el cierre de la etapa de investigación. Este segundo momento se le conoce como *investigación preparatoria propiamente dicha*, al existir una investigación formal que permite la continuación del proceso penal.

En ese sentido, la distinción entre estos dos momentos de la etapa de investigación gira en torno a la decisión que tome, la autoridad ministerial de formalizar o no la investigación, esto es, comunicar al Juez –usualmente en una audiencia– la atribución de cargos delictivos contra una determinada persona. Si no se da esta formalización, entonces la investigación simplemente se quedó en su momento inicial o preliminar. En cambio, si se da tal formalización, la investigación continua, y por extensión, el proceso penal en sí.

Ahora bien, en el momento inicial o preliminar de la investigación es donde se dará la construcción del caso. En cambio, una vez que se ha formalizado la misma y contando las partes con un plazo para el cierre de la multicitada etapa procesal, pueden

tigación sin detenido se realizarán en un plazo no mayor de seis o tres meses, dependiendo si el delito es o no grave.

84 Así, en el Perú, una vez que se ha formalizado la investigación, el plazo para el cierre de la misma será de 4 ó 2 meses, dependiendo si el delito investigado supera o no los seis años de pena privativa de libertad. En México, los códigos de aquellas entidades federativas que han implementado el proceso penal acusatorio, han previsto como plazos para el cierre de la investigación ya formalizada– esto es, que cuente con el denominado auto de vinculación a proceso– 6 ó 2 meses, dependiendo si el delito materia de investigación supera o no los dos años de pena privativa de libertad, respectivamente.

aprovechar en recolectar las evidencias necesarias a fin de fortalecer su caso y exponerlo en estadios posteriores del proceso punitivo.

En este segundo momento de la investigación, a la que hemos denominado investigación preparatoria propiamente dicha, el Ministerio Público puede disponer de todas las diligencias que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines sobre la base de la estrategia que debió de haber elaborado a su inicio. Pero para ello debe de cumplir con una condición: *que se cumplan con aquellos requisitos legales que permitan al fiscal disponer formalizar la investigación preparatoria.*⁸⁵ Es decir, que de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó el fiscal, 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. Caso contrario, no se podrá pasar a la investigación preparatoria.

Y ello obedece a una lógica normativa correcta. Si durante las iniciales o preliminares diligencias de investigación cuando el Ministerio Público ha construido el caso y observa la no ilicitud de los hechos o la ausencia de elementos de convicción de la probable intervención del investigado en los mismos, deberá optar por el archivamiento; dado que, si decide continuar, lo hará sobre la base de un caso que no favorece su postura, originando una pérdida de tiempo para el sistema de justicia y una indebida afectación a los derechos y garantías del indiciado propios de un estado constitucional de derecho que lo que pretende es dotar de seguridad y confianza jurídica a sus ciudadanos. O bien, la construcción del caso denota la presencia de un hecho con relevancia penal, pero por su trascendencia o significancia conviene aplicar criterios de oportunidad; el optar por esa decisión favorecerá tanto sus intereses como las del indiciado (quien evitará verse envuelto en el curso de un proceso penal).

En ese orden de ideas, sólo se procederá a la fase recolectiva de la teoría del caso durante la etapa procesal de la investigación, cuando no sea coherente y fundado, por parte del Ministerio Público, la estrategia del archivo o no pueda prosperar la estrategia de aplicación de criterios de oportunidad.⁸⁶

85 En lo que respecta al Perú, basta que la autoridad ministerial comunique por escrito al Juez de la Investigación Preparatoria la existencia de una investigación en contra de determinada persona, precisando los datos de identificación, así como los cargos delictivos. Comunicación que será notificada al imputado. En cambio, en México, se requiere la celebración de una audiencia, si es con detenido, la misma se denomina audiencia de control de la detención; si es sin detenido, la audiencia se llama de formulación de la imputación; en estas audiencias se requiere la presencia obligatoria del indiciado y de su abogado defensor, a fin que escuchen los cargos que el Ministerio Público impute al primero de los mencionados y, seguidamente, su solicitud de auto de vinculación a proceso, originándose el debate respectivo.

86 De otro lado, ello también conviene a la defensa; es decir, si a la hora de construir el caso, observa que no es estratégico recurrir a los tipos de archivos o a criterios de oportunidad,

Confirmada la lógica antes descrita, cabe sólo indicar que durante este segundo momento de la investigación, las partes deben de recolectar aquellas evidencias, material informativo, acorde con su teoría del caso construida. Para ello, recurrirán, entre otras, a las siguientes diligencias:

1. **ENTREVISTAS.** Se dispone la concurrencia del indiciado, víctima, testigos y peritos que no hubieren sido entrevistados durante los iniciales o preliminares actos de investigación o habiéndolo hecho se requiera o soliciten su ampliación— de esta forma se evitaría la repitencia innecesaria de diligencias de investigación.
2. **PERICIAS.** La pericia se ordena, en la etapa de investigación, por el Ministerio Público. El examen o explicación pericial sólo ocurrirá en el juicio oral, ante la autoridad jurisdiccional, o en forma excepcional en la audiencia de prueba anticipada.
3. **DOCUMENTOS.** El Ministerio Público solicitará la presentación del documento y en caso de negativa, solicitará al Juez que ordene la incautación del mismo. Asimismo, se debe hacer mención que declaraciones anónimas contenidas en documentos no deberían ser incorporadas al proceso, al imposibilitar el juicio de autenticidad que se requiere antes de examinar el contenido de los documentos.
4. **INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN.** La inspección, en la etapa de investigación, es dirigida por el Ministerio Público, en donde se examina la escena del crimen con la finalidad de alcanzar una mejor apreciación de los hechos. La reconstrucción, en la citada etapa procesal, es dirigida por el Ministerio Público, y debe contarse, en lo posible, con presencia de testigos y peritos, a fin de verificar si el delito se efectuó o pudo acontecer de acuerdo con las declaraciones y demás elementos de convicción obtenidas.
5. **DILIGENCIAS ESPECIALES.** Tales como:
 - Levantamiento del cadáver.
 - Necropsia.
 - Embalsamiento del cadáver.
 - Examen de vísceras y materias sospechosas.
 - Examen por lesiones y agresiones sexuales.
 - Preexistencia del embarazo: delito de aborto.
 - Preexistencia del bien patrimonial.

Como se indicó en el punto anterior, la defensa puede realizar sus propias averiguaciones; asimismo, podrán solicitar al Ministerio Público todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos— claro está,

entonces, necesita de la etapa de investigación preparatoria, a fin de recolectar aquellas evidencias que favorezcan su estrategia de defensa: absolución o aplicación de una sanción atenuada.

con la advertencia que la autoridad ministerial puede rechazar practicar aquellas que, objetiva y motivadamente, considere que no son conducentes para los fines de la investigación.

Finalmente, cabe insistir que las diligencias preliminares de investigación no podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, 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. Y ello por la siguiente lógica: en el primer momento de la investigación, las partes construyeron su inicial teoría del caso, sustentada en las diligencias iniciales realizadas; por ende, en el segundo momento de la investigación ya no tiene sentido volver a realizar esas diligencias, sino aquellas nuevas tendientes a la complementación de la postura o análisis estratégico previamente realizado.

RECUERDA

Una vez formalizada la investigación, de acuerdo con las formalidades y reglas legales, se ingresa a un segundo momento de la misma, denominada investigación preparatoria propiamente dicha, la cual no debe ser un tiempo muerto para las partes, sino aprovechada para continuar recolectando las evidencias que fortalezcan su caso. Ese tiempo será el fijado por el Juez, atendiendo la complejidad del asunto y los plazos señalados en la misma ley adjetiva; una vez cumplido ese tiempo se ordenará el cierre de la etapa de investigación.

2.4 FASE DEPURATIVA DE LA TEORÍA DEL CASO

Al respecto, puede darse el caso que, las partes al estar recolectando las evidencias y el material informativo observan la necesidad de realizar ajustes a su caso, a sus hipótesis de trabajo. Ello es viable, porque una de las características de la teoría del caso es su “flexibilidad”; es decir, su capacidad de adaptabilidad o comprensión de los posibles avatares e imprevistos que se pueden presentar durante el desarrollo del proceso.

Por otro lado, se puede dar otro supuesto: se han recolectado aquellas evidencias que fortalecen la construcción del caso; sin embargo, se debe de realizar un examen de licitud y pertinencia de las mismas, a fin que, durante el juzgamiento, a la hora de plantear el caso en forma pública y solicitar la actuación de las evidencias, esta actuación pueda ser realizada sin ningún tipo de vicio o defecto.

Estos dos supuestos, la modificatoria del planteamiento estratégico del caso, y, el examen de licitud y pertinencia de aquellas evidencias que lo fortalecerán, son los objetivos del por aquí denominada *fase depurativa de la teoría del caso*. Es decir, se requiere de una etapa procesal donde las partes puedan realizar las últimas “afinaciones” a su análisis estratégico y dejar todo listo para el cercano juicio oral.

Ahora bien, esta fase depurativa, según nuestra opinión, ocurre en la *etapa procesal denominada “etapa intermedia”*. En ese orden de ideas, la naturaleza de esta etapa procesal es la de un “saneamiento”, en las que se podrá, por un lado, subsanar o modificar el contenido del pronunciamiento del Ministerio Público, y por otro lado, analizar el material probatorio presentado por las partes para su posterior actuación durante el juicio; análisis tendiente a establecer la pertinencia, utilidad y licitud del acto probatorio.

Por ende, la etapa intermedia funge como un filtro, un depurador, que extiende sus efectos en las teorías del caso construidas por las partes. A continuación, estudiaremos los dos supuestos de depuración señalados líneas arriba.

1. **Primer supuesto de depuración.** El pronunciamiento del Ministerio Público, sea un requerimiento de sobreseimiento o su acusación penal formulada, puede ser objeto de oposición u observación, respectivamente. Para ello se realizará una audiencia preliminar tendiente al análisis de aquella oposición (al sobreseimiento) u observación (por ausencia de requisitos formales de la acusación, entre otras causales señaladas por la ley).

De las resultas de esa audiencia puede originar: a) que se mantenga indemne el pronunciamiento del Ministerio Público;⁸⁷ b) que subsane aquellos defectos encontrados en su escrito de acusación; o, c) que modifique su dictamen acusatorio.

Consideramos que estas variables están conectadas con la teoría del caso construida por el Ministerio Público, que bien, por su incoherencia, incongruencia o debilidad, puede, sin necesidad de llegar al juicio oral, descartar la presencia de un caso relevante penalmente. Y ello es factible porque, a pesar que el Ministerio Público ha emitido dictamen acusatorio, los demás sujetos procesales, dentro del plazo legal, podrán solicitar el sobreseimiento; y de las resultas de la audiencia preliminar a que hemos hechos mención, el sobreseimiento podrá dictarse, claro está porque se ha configurado alguna de las causales legales para sobreseer, que demuestra que la teoría del caso del Ministerio Público (de corte acusatorio) ha sido planteado incorrectamente, que al ser tan evidente su incoherencia no amerita, siquiera una discusión en sede de juzgamiento.

87 La “indemnidad del pronunciamiento fiscal” puede originar una serie de consecuencias para la continuación del proceso. Así, si se declara fundada su requerimiento de sobreseimiento, o sometiéndola al control del fiscal superior jerárquico, ésta resulta amparable, entonces se cortará la secuela del proceso, ordenándose, judicialmente, su sobreseimiento. En cambio, si habiendo requerimiento de sobreseimiento y oposición de una de las partes, en la que solicita la realización de una investigación suplementaria, el juez puede optar por amparar este último pedido, regresando de actos de depuración a actos de investigación. Finalmente, si el pronunciamiento fiscal es la de acusar, y habiéndose pasado positivamente los respectivos filtros, entonces el juez dictará auto de enjuiciamiento, remitiendo los actuado al juzgado que conocerá y llevará a cabo el juicio oral.

2. **Segundo supuesto de depuración.** En el supuesto que el dictamen acusatorio haya pasado correctamente los filtros de control, queda ahora depuran los medios probatorios ofrecidos por las partes. Al respecto, se cuenta con filtros por los cuales serán sometidos los medios probatorios para decidir por su admisión; estos filtros son:
- a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y
 - b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos.
 - c) Que no giren en torno a hechos notorios o públicos; o bien la obtención del medio de prueba ha sido a consecuencia de la afectación de derechos constitucionales.

Estos filtros también guardan conexión con la teoría del caso elaborada por las partes, específicamente al momento de la identificación de las evidencias que las sustentarán. Las partes, con la ayuda de la teoría del caso, sabrán cuáles son las evidencias pertinentes, conducentes y útiles; y si lo han hecho adecuadamente, entonces no habrá temor alguno sobre la admisión de las mismas en sede de etapa intermedia.

Ello ejemplificaría, aún mejor, esta fase de depuración de las evidencias que forman parte de la teoría del caso de cada una de las partes.

INDICACIÓN

El análisis de la solicitud de sobreseimiento o de la acusación fiscal, así como, el examen de admisión y/o exclusión de los medios de prueba durante la etapa intermedia constituyen manifestaciones de la fase depurativa de la teoría del caso; dado que, se buscará la eliminación de todo vicio o defecto que comprometan tanto el caso como el material probatorio en que descansa.

2.5 FASE EXPOSITIVA DE LA TEORÍA DEL CASO

Por fase expositiva se entiende al momento en que las partes van a exponer, sustentar y debatir cada una de las versiones esgrimidas, previamente construidas (durante los primeros actos de investigación), recolectadas las evidencias (durante la investigación preparatoria propiamente dicha) y depuradas (durante la etapa intermedia).

Es en esta fase, donde las partes harán público sus estrategias al exponer su caso, el cual permita amparar sus intereses o expectativas. Pero no solamente harán una función expositiva, sino además realizarán una actividad dialéctica, dialógica y confrontacional, tendiente a mostrar la fortaleza de su versión y lo débil que es la versión de su contraparte.

Obviamente, para ello, requiere de una etapa procesal donde rija, a plenitud, principios tales como: oralidad, intermediación, contradictorio y publicidad. Por ende, es la etapa del *juicio oral o juzgamiento*, la idónea para la exposición y debate de las teorías del caso elaboradas por las partes, máxime si, al término del juicio, el juez de conocimiento emitirá sentencia.

La centralidad del juicio oral radica en que las partes podrán argumentar y probar sus pretensiones frente, ya no ante un juez de control o garante (cuya actuación opera en la fase de investigación), sino ante el juez de conocimiento, quien está potestado a resolver el conflicto suscitado. Como señala Binder, el juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se resuelve o redefine de un modo definitivo –aunque revisable– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal.⁸⁸

Pero, el considerar al juicio oral como la etapa principal del proceso, también se debe al haz de principios y garantías que le envuelven a fin de lograr una *calidad de información* al juzgador que le permita resolver la litis puesta a su conocimiento. Por calidad de información se entiende como aquel conjunto de datos, filtrados, seleccionados, depurados, tendientes a probar, por un lado, si se ha cometido o no un ilícito penal, y por otro lado, la determinación de las consecuencias punitivas, y si fuese el caso, civiles generadoras del delito; información que es percibida por el juzgador de manera inmediata e imparcial, a través de una actividad contradictoria de las partes⁸⁹ y con pleno respeto a la presunción de inocencia y en presencia de la comunidad. En ese sentido, la intermediación, la contradictoriedad, la imparcialidad, el principio de inocencia y la publicidad, son el conjunto de principios que al operar en el juicio oral permitirán que el juzgador obtenga una información de calidad, confiable, que permita fundar su decisión en torno al conflicto suscitado entre el ofensor y el ofendido.⁹⁰

88 BINDER, Alberto. "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233.

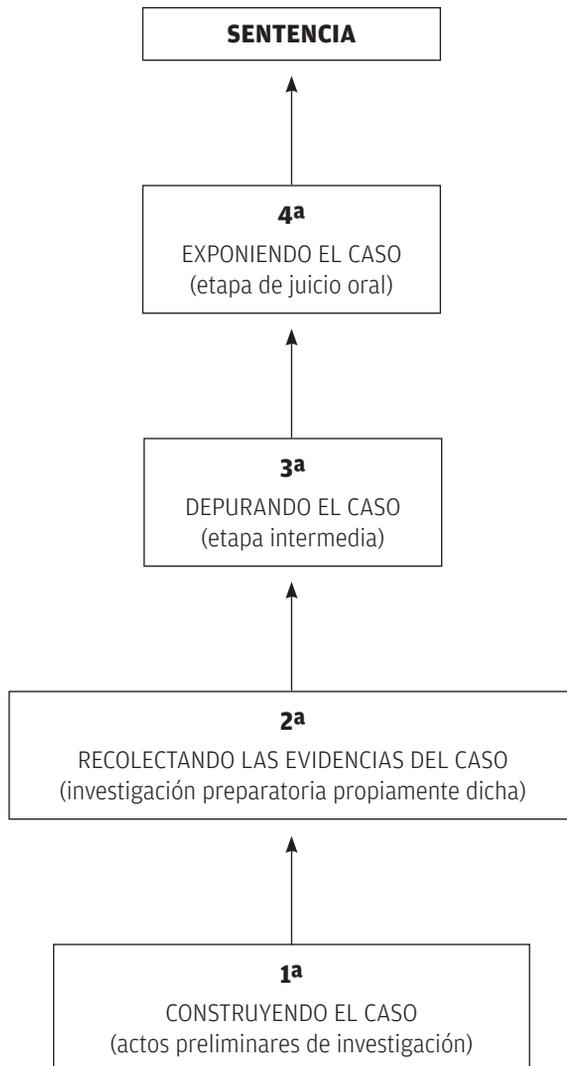
89 Es la actividad realizada por las partes a fin de controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso.

90 Como indica Vázquez Rossi, el juicio es el medio de establecimiento de la verdad judicial. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables. Cfr. VAZQUEZ ROSSI, Jorge. "DERECHO PROCESAL PENAL. LA REALIZACIÓN PENAL", Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 404.

NOTA

Si se sigue el curso normal en el desarrollo del proceso penal, la exposición más importante de la teoría del caso se dará en la audiencia del juicio oral, en donde, además, será sometida al test de credibilidad que se ve generado a raíz de la actuación o desahogo de los medios probatorios admitidos al proceso.

ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL CASO



2.6 ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL Y LA TEORÍA DEL CASO

Taruffo señala que en lo que respecta al proceso civil, el mismo está diseñado para el ofrecimiento, la admisión y el desahogo de la prueba. Lo mismo, de seguro, también se puede afirmar del proceso penal. No obstante, consideramos que si el camino de la prueba no solamente se ve envuelto por actos procedimentales y la observancia de plazos procesales, sino que, además está sujeto a la estrategia procesal de las partes a fin que sus intereses sean de recibo por el órgano jurisdiccional, a través de una decisión conforme a Derecho, entonces podemos afirmar que el proceso punitivo está diseñado para la operatividad de la teoría del caso.

En efecto, de lo desarrollado en los puntos anteriores se puede apreciar que cada una de las etapas del proceso penal se ve determinado por un momento estelar de la teoría del caso –haciendo la salvedad que, en lo que respecta, por lo menos, a los dos primeros pasos, esto es, la construcción del caso y la recolección de la evidencia que sustente el caso, no deben de ser vistos en forma lineal, sino que, el dinamismo de los mismos originaría una constante revisión del caso formulado al inicio del proceso punitivo, a la luz de las evidencias que se vayan obteniendo durante el camino de la investigación.

Ahora bien, la conexión mencionada en el párrafo anterior entre las etapas del proceso penal con la teoría del caso se ve reflejada en el siguiente cuadro:

Etapa del proceso penal	Etapa en la estructuración de la teoría del caso
INVESTIGACIÓN	<ol style="list-style-type: none"> 1. Construcción del caso, y de esta forma planificar los primeros actos de investigación a realizar. 2. Recolección de la evidencia que sustentará el caso, la cual permitirá la constante revisión de la hipótesis de trabajo formulado en un inicio, conforme el material probatorio se vaya obteniendo.
INTERMEDIA	<ol style="list-style-type: none"> 3. Depuración del caso, esto es, la revisión judicial del cumplimiento de las formalidades legales tanto en la hipótesis de trabajo elaborado, así como, del material probatorio que la sustenta.
JUICIO ORAL	<ol style="list-style-type: none"> 4. Exposición del caso, entendida como la presentación más importante del caso ante el órgano jurisdiccional quien dictará sentencia. No es la única exposición, dado que, en las audiencias que con anterioridad al debate oral, las partes hayan asistido, habrá motivado que sus participaciones sean siempre atendiendo a su teoría del caso formulada con anterioridad.

NOTA

Cada etapa del proceso penal puede ser aprovechada por las partes en aras de construir, fortalecer, depurar y exponer su teoría del caso; esto es, la armonización de los materiales fácticos, normativos y probatorios; máxime si en etapas anteriores al juicio oral, la autoridad puede tomar decisiones que incidan en la continuación del proceso punitivo; pudiendo, por ejemplo, la defensa obtener un archivo ministerial, un auto de sobreseimiento, la aplicación del principio de oportunidad o echar mano de las salidas alternas que le establece la ley, a través de la estrategia elaborada y desplegada en su oportunidad; ganando el caso, sin la necesidad de haber llegado hasta la audiencia del juicio oral.

2.7 EL ABOGADO DEFENSOR TAMBIÉN DEBE ESTRUCTURAR SU TEORÍA DEL CASO

De lo señalado a lo largo del presente capítulo, posiblemente se haya generado la impresión que la utilidad de la teoría del caso está dada para el trabajo del Ministerio Público. Sin embargo, y como se desarrollará en los capítulos siguientes, somos fieles creyentes que también la defensa, al ser titular de intereses jurídicos en el proceso penal, debe de elaborar una estrategia o metodología de trabajo; máxime si en los códigos latinoamericanos surgidos a raíz de la implementación del modelo acusatorio con tendencia a lo adversarial, han previsto de mecanismos que alientan a la defensa a la realización de sus propias indagaciones –ni hablar del dinamismo que presenta en las audiencias, en especial, la del debate oral.

En ese sentido, la defensa no solamente debe ser reactivo, sino proactivo. ¿A qué nos referimos? Un pensamiento reactivo es aquel que gira en torno a reaccionar frente a la acción de alguien: Si el Ministerio Público solicita, como medida cautelar, la prisión preventiva, entonces la defensa argumentará las razones del por qué el Juez no debe imponer semejante medida cautelar.

La defensa reactiva es aquella cuya actividad se reduce solamente a refutar los argumentos del Ministerio Público, sin mayores aportes que el solo hecho de negar el sentido que dota la autoridad ministerial a los datos de prueba.

Lo peligroso de una defensa reactiva es la pasividad en que puede caer el abogado defensor, especialmente en la etapa de investigación. Al respecto, estamos hablando de un defensor que espera las citaciones para asistir a las diligencias de investigación programadas por el Ministerio Público, o bien para concurrir a una audiencia judicial, con el slogan: de todo lo que dice el Ministerio Público, mi respuesta será NO.

Obviamente, la defensa reactiva es una defensa cómoda: no hay mayor inversión de tiempo, de dinero o de cualquier tipo de recurso, sino que se alimenta de los resultados que obtiene el Ministerio Público o la policía, para simplemente cuestionarlos.

Claro está, que los partidarios de este tipo de defensa argumentan a su favor, razones tales como:

1. Por la presunción de inocencia, el defensor no está obligado a investigar o probar nada.
2. La carga de la prueba lo tiene el Ministerio Público, por lo que, él debe de desplegar las actividades conducentes a establecer la verosimilitud de sus imputaciones.
3. El imputado tiene derecho a guardar silencio.

Estas y otras razones, seguramente, estarán saltando en la mente de aquel lector que está pensando: y por qué el defensor tiene que investigar y probar por su cuenta. El detalle es que estos argumentos han sido completamente descontextualizados a fin de justificar una pasividad en la defensa que llega a niveles inaceptables.⁹¹

En efecto, en el caso de la presunción de inocencia, se olvida que la misma no postula abogados defensores inactivos, pasivos o que solamente se reducen a refutar lo dicho por el Ministerio Público en una audiencia judicial. Por el contrario, el derecho a la presunción de inocencia, es una garantía de todo gobernado que es oponible al Ministerio Público, así como a cualquier autoridad jurisdiccional o administrativa, a no ser considerado como culpable hasta que así lo establezca una sentencia judicial firme.

En otras palabras la presunción de inocencia es un mensaje dirigido a las autoridades e incluso a toda persona, para que se respete el honor o la imagen, así como, la esfera de los derechos de un sujeto que está siendo sometido a un proceso penal— salvo aquellas facultades que la ley permite su restricción por el mérito de habersele impuesto una medida cautelar.

Asimismo, la carga de la prueba que detenta el Ministerio Público, denota una función impulsiva de aquella parte por disposición de la ley. Mediante ella el ordenamiento procesal penal propende a incentivar una actitud que contribuya a la consecución progresiva de los actos de prueba; pero para nada implica una prohibición o sugerencia para que la defensa no realice también una actividad probatoria; máxime si está reconocida en la doctrina la denominada *defensa afirmativa*; es decir cuando aquella parte invoca causas exculpatorias o de atenuación, surge la necesidad que las acredite.

Igualmente, el derecho a guardar silencio es una potestad del imputado, cuyo fundamento es que esta persona puede excluir dar información que lo pueda autoincriminar. Pero como se indicó, su titular y sujeto a proteger es el imputado; no su abogado defensor; este último no tiene ese derecho; otro tema es que, obedeciendo a su estrategia procesal, decida no desplegar una conducta o actividad.

No hay derecho o principio que justifique una pasividad de la defensa; lo único entendible es que sea a consecuencia de su estrategia para con el caso, pero que en-

91 Para mayores detalles consúltese: BENAVENTE CHORRES, Hesbert "ESTRATEGIAS PARA EL DESAHOGO DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL", Flores editor, México, 2010.

cuentra como única razón de ser las equivocaciones del agente del Ministerio Público que amerita el no desplegar un mayor esfuerzo por parte del abogado defensor. Pero ello no siempre va a ocurrir; uno no puede estar esperanzado en esperar la equivocación del otro para ganar.

Por el contrario, existen principios procesales que justifican una actividad dinámica del abogado defensor, ya sea en la etapa de investigación como en el juicio oral.

En primer lugar, tenemos el *principio de igualdad de armas o igualdad de las partes*, que postula que todo aquello que la ley permita o faculta realizar a una de las partes, también lo podrá hacer la otra.⁹² En ese sentido, si el Ministerio Público puede ordenar la realización de un peritaje, el defensor podrá hacer el propio; si la autoridad ministerial puede realizar entrevistas, igual y por su propia cuenta el abogado defensor.

En segundo lugar, por la adopción de lo adversarial en el proceso penal.⁹³ En efecto, como se indicó en el capítulo anterior, que el sistema sea adversarial significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias. Pero eso no significa que el

92 Este principio está recogido en el artículo 13° del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; artículo 15° del Código Procesal Penal de Oaxaca; artículo 15° del Código Procesal Penal de Zacatecas; artículo 16° del Código de Procedimientos Penales de Morelos; artículo 15° del Código de Procedimientos Penales de Durango y artículo 16° del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

93 Como lo señala el artículo 2° del Código de Procedimientos Penales del Estado de México del 2009:

“Artículo 2. A fin de garantizar el respeto a los principios procesales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados Internacionales celebrados y en este código, el proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial y oral:

a) Acusatorio en tanto quien sostenga la acusación tendrá la carga de determinar el hecho típico, y probar los hechos que acrediten la responsabilidad penal de las personas, sin que los tribunales puedan asumir ni rebasar los términos de la acusación, preservándose en todo momento la distinción entre las funciones propias de la acusación, de la defensa y del juez o tribunal de juicio oral.

b) Adversarial en tanto implica una contienda entre partes en situación de igualdad procesal sometidas a la jurisdicción.

c) Oral en tanto las pretensiones, argumentaciones y pruebas en el desarrollo del proceso se deben plantear, introducir y desahogar en forma oral ante el juez o tribunal, bajo los principios de inmediación y contradicción, sin perjuicio de que la legislación pueda establecer casos en que los incidentes, recursos y cualquier otras solicitudes de trámite se formulen por escrito o por cualquier otro medio. La acusación y la sentencia siempre tendrán que asentarse por escrito.

Salvo en los casos expresamente señalados en este código, las sentencias sólo podrán sustentarse con el material probatorio introducido al juicio bajo estas condiciones.”

juez sea un *invitado de piedra*, sino que debe estar pendiente para evitar los excesos de las partes e imponer una de ellas el deber de contribuir en la consecución de información requerida por la otra, de tal suerte que no podemos hablar de un sistema adversativo puro, sino de un sistema con tendencia a lo adversarial o un adversarial regulado.

En resumida cuenta, hay principios que fundamentan que el abogado defensor tiene derecho a realizar actos de investigación— como actos de prueba— por su propia cuenta; y ello, además, por razones estratégicas; por lo que, la sugerencia es que también ellos estructuren su teoría del caso, tomando como referencia los cuatro pasos mencionados en el presente capítulo.

RECUERDA

Una defensa proactiva tomará en cuenta la necesidad de elaborar su propia teoría del caso. En cambio, una defensa reactiva, simplemente esperará el error en el trabajo o bien en la argumentación del Ministerio Público para formular cuestionamientos. Sin embargo, una defensa que está atenta a cualquier falla de la autoridad ministerial y, al mismo tiempo, ha diseñado su teoría del caso, entonces tendrá un cúmulo mayor de armas u opciones procesales para que sus intereses sean de recibo por el órgano jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Con relación a la estructura de la teoría del caso

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Código de Procedimientos Penales del Estado de México*, Tomos I y II, Editorial Flores, México, 2009.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Código Procesal Penal del Estado de Durango Comentado*, Tomos I y II, Editorial Flores, México, 2010.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.

PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral penal. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, Editorial Qubecor World, Bogotá, 2003.

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

2. Con relación a la construcción del caso

- BAYLEY, Francis Lee. *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa, México, 2008.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael. Et. Al. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La Teoría del caso en el marco del proceso acusatorio con tendencia adversarial: Concepto y Niveles de Análisis". En: *Revista JUS Doctrina y Práctica*, N° 05, Lima, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert.. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.
- GÓMEZ URSO, Juan Facundo y PAOLINI, Raúl Alberto. *La oralidad en la investigación penal preparatoria*, Editorial Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2008.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral penal. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010.

3. Con relación a la recolección de la evidencia del caso

- ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de investigación en el proceso penal*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La Teoría del caso en el marco del proceso acusatorio con tendencia adversarial: Concepto y Niveles de Análisis". En: *Revista JUS Doctrina y Práctica*, N° 05, Lima, 2008.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.
- CARDINI, Fernando. *Técnicas de investigación criminal*, 3ra. Edición, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2005.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Jesús. *Investigación criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- GUZMÁN, Carlos Alberto. *Manual de criminalística*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA, Pedro. *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MORAS MOM, Jorge. *La investigación en el proceso penal. Técnica del descubrimiento*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral penal. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2da. Edición, Editorial Flores, México, 2010.

PINTO, Ricardo. *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 2009.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

SILVEIRA, Jorge Omar. *Investigación científica del delito. La escena del crimen*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 2006.

VEGA, Dante Marcelo. *Investigación penal preparatoria*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2008.

4. Con relación a la depuración del caso

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La Teoría del caso en el marco del proceso acusatorio con tendencia adversarial: Concepto y Niveles de Análisis". En: *Revista JUS Doctrina y Práctica*, N° 05, Lima, 2008.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert.. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.

CREUS, Carlos. *Derecho procesal penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho procesal penal*, 5ta. Edición, Editorial EDDILI, Lima, 1976.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *El proceso penal abreviado*, Editorial Comares, Granada, 1997.

5. Con relación a la exposición del caso

BATISTA ORTIZ, Elpidio. *El abogado defensor puertorriqueño. Litigación: vivencias, casos y comentarios*, Editorial SITUM, San Juan, 2007.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La Teoría del caso en el marco del proceso acusatorio con tendencia adversarial: Concepto y Niveles de Análisis". En: *Revista JUS Doctrina y Práctica*, N° 05, Lima, 2008.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert.. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

CANTU CERNA, Napoleón. *Técnicas del juicio oral en el sistema penal de Nuevo León*, Comité de Reforma del Sistema de Justicia de Nueva León, Monterrey, 2004.

CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

FONTANET MALDONADO, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*, 2da. Edición, Jurídica editores, San Juan, 2002.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho procesal penal. La realización penal"*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

CAPÍTULO III



PRIMER PASO: CONSTRUYENDO EL CASO

PRIMERA PARTE:

ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS



3.1 PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES SE DEBE TOMAR EN CUENTA LOS HECHOS (PROBADOS)

Ya Bodenheimer adelantaba, en pleno periodo del nazismo, que la racionalidad del Derecho radica en su intento de resolver las tensiones y conflictos inherentes a la vida social, no por medio de la fuerza arbitraria, la violencia o el terror, sino por un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos.⁹⁴

Sin embargo, ya en los anteriores capítulos hemos afirmado que no estamos ante una solución cualquiera –peor aún injusta– que otorga el Derecho para con los conflictos intersubjetivos; por el contrario, son pronunciamientos basados en hechos probados, apegados a ley, pero sobretodo, al respeto irrestricto de los derechos humanos; esta trilogía la encontramos en la mayoría de códigos emitidos durante la reforma al sistema de justicia penal en Latinoamérica, iniciada en las últimas décadas del siglo XX y que continúa en la primera década del Siglo XXI, teniendo como rasgo común la adopción del denominado proceso penal acusatorio con tendencia a lo adversarial.⁹⁵

94 BODENHEIMER, Edgar. "TEORIA DEL DERECHO", 5ta. Reimpresión de la segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 09.

95 Por ejemplo, el artículo 1º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México del 2009 señala: "el proceso penal tiene por objeto el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas". Igualmente, esta declaración de fines la encontramos en los siguientes textos adjetivos latinoamericanos: Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998; Código Procesal Penal de



Ahora bien, queremos resaltar un elemento de la citada triada justificadora de la función solucionadora del Derecho, esto es, los hechos.

Tradicionalmente, la individualización de los hechos relevantes para el caso, a diferencia de la interpretación de las normas, no ha sido objeto de un estudio basto y completo; porque se consideraba que no planteaba problemas.

No obstante, en la actualidad, la doctrina se ha volcado a la búsqueda y estudio de la denominada *motivación judicial de los hechos*, con la finalidad de hacer frente a la discrecionalidad judicial. En efecto, la importancia de la citada motivación radica en que, al ser mayor la discrecionalidad judicial el riesgo de arbitrariedad también es superior y, por tanto, aumenta la necesidad de la justificación de las decisiones que emanan del sistema judicial.⁹⁶

la Provincia de Mendoza-Argentina, de 1999; Código Procesal Penal de Nicaragua de 2002; Código Procesal Penal de República Dominicana de 2005; Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut-Argentina y los respectivos textos adjetivos de los estados mexicanos de Chihuahua y Oaxaca en el 2006, Baja California y Zacatecas en el 2007, Morelos en el 2008 y Durango y el ya citado Estado de México, ambos en el 2009.

96 Sin embargo, aquí ingresamos a un tema de debate, esto es, si motivación y justificación son o no términos equivalentes; así, para Segura, la acción de motivar consiste en dar las razones que se han tenido para hacer una cosa, donde la motivación de las decisiones es la vía a través de la cual se produce la justificación de las mismas hasta el punto de que ambos son términos intercambiables (SEGURA ORTEGA, Manuel. "LA RACIONALIDAD JURÍDICA", Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 116). En cambio, para García Figueroa, el término motivación no es el más idóneo para referirse a la fundamentación de una sentencia; motivar consiste en expresar los motivos (razones psicológicas, en una relación causa/efecto) de una determinada acción y

Frente a tal contexto y en torno a los hechos, encontramos importante literatura referida a la actividad motivadora de los jueces con relación a sus sentencias;⁹⁷ siendo el caso que, en los últimos tiempos, se ha dado especial importancia a la determinación de los hechos, como tarea interpretativa; poniéndose de relieve cómo el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quaestio facti*.⁹⁸

Así, la necesidad de motivación de los hechos deviene inexcusable si se pretende evitar que el principio de libre valoración de la prueba se convierta en valoración discrecional, subjetiva y arbitraria. Si valorar la prueba es comprobar que los enunciados fácticos se corresponden con los hechos que describen, este proceso debe realizarse racionalmente de manera que al juzgador le resulte razonable, a la vista de las pruebas obrantes, dar por probables –más allá de la duda– ciertos enunciados fácticos.⁹⁹ En este sentido conviene añadir que la valoración probatoria no persigue obtener la verdad

fundamentar supone expresar las razones justificatorias. Si aportar razones justificatorias es fundamentar, fundamentación y justificación son términos sinónimos, que se opondrían al término motivación. Un motivo, no es una razón justificatoria, sino una razón psicológica que se produzca un acto. (GARCÍA FIGUEROA. "PALABRAS, PALABRAS, PALABRAS... DE LO QUE EL DERECHO LE DICE A LOS JUECES". En: *Jueces para la democracia*, Nº 36, 1999, pp. 58-66. De similar opinión: RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. "LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. EL ARTÍCULO 120.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, pp. 31 y sgts.). En ese orden de ideas, es usual que el legislador emplee el término: *motivar*, para hacer referencia a la presentación de argumentos por parte de los operadores jurídicos que tornen razonables sus decisiones– no por ello, juristas como Marina Gascón al examinar el deber de motivación de las resoluciones judiciales, emplea la dicotomía motivación-actividad y motivación-documento. Asimismo, debemos de resaltar que lo psicológico con lo lógico, como regla para deslindar la motivación de la justificación, se torna rala cuando, y citado a Gianformaggio, cuando la motivación es un estatuto esencialmente cognoscitivo y, como precisa Andrés Ibáñez, la motivación, aún cuando se materialice en un momento posterior al de la decisión propiamente dicha, preactúa sobre los procesos intelectuales que preceden la adopción de la misma, imprimiendo racionalidad y un grado de autoconsciencia a las inferencias (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "DE NUEVO SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS. RESPUESTA A MANUEL ATIENZA", En: *Jueces para la democracia*, Nº 22, 1994, p. 87). En suma, consideramos que si empleamos la voz: *motivar*, tanto en el contexto de un deber para con la administración de justicia, así como, discursos producidos en apoyo de tesis asertivas– como lo haremos a lo largo del presente estudio– entonces el lector entenderá que nos estamos refiriendo a la justificación.

97 Al respecto, Atienza precisa que los órganos jurisdiccionales o administrativos, no tienen por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas. Cfr. ATIENZA, Manuel. "LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 23.

98 PRIETO SANCHIS, Luís. "IDEOLOGÍA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA", Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 88.

99 BINDER, Alberto. Et. Al. "DERECHO PROCESAL PENAL", Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, reimpresión de la 1era. Edición, 2007, p. 558.

absoluta, al ser imposible, sino que ha de concebirse, tal como señala Gascón Abellán, como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos; en donde, los esquemas de valoración racional son necesariamente esquemas probabilísticos.¹⁰⁰

Ahora bien, se justifica el trabajo con esquemas probabilísticos, por un lado, ante lo limitado de la cognición humana, y por otro lado, ante el contenido del derecho a una tutela judicial efectiva.

Con relación a lo primero, el considerar que una persona, como el juez (padre o madre de familia, o simplemente miembro de una familia, con expectativas de desarrollo académicas, con cargas personales, familiares, profesionales, etc., con limitaciones físicas de tiempo y espacio), podrá obtener el conocimiento absoluto en torno a lo sucedido; es decir, como Dios, saber lo que realmente ocurrió, en más de centenares o miles de procesos penales, es simplemente una utopía, un anhelo, que no corresponde con la realidad. En efecto, la persona humana no sólo se define por su naturaleza, sino también por las condiciones que le rodean (familiares, culturales, económicas, sociales), donde exigirle al Juez un grado de conocimiento exacto o cercano a lo exacto de lo que realmente ocurrió en los miles de causas penales sujeto a su competencia, es desconocer las condiciones referidas líneas arriba. Por ende, para no aumentar el descrédito en el sistema de administración de justicia, el mejor resolver de las causas penales exige una participación activa y dinámica de todos los sujetos procesales, donde ninguno tenga un rol exclusivo y excluyente de los otros: la carga cognitiva debe distribuirse entre los actores que participan en el proceso penal –aunque esta línea de pensamiento la trabajaremos más adelante.

Con relación a la segunda razón de emplear esquemas probabilísticos se debe a que el derecho a la tutela judicial efectiva descansa en decisiones no con certeza absoluta, sino que soporten el juicio de lo razonable y proporcional sobre la base de los hechos probados, el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos –comprobable a través de la motivación dada por el operador jurídico.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha precisado lo siguiente: “... *el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales... Esta exigencia constitucional entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tienen la Ley y la Constitución... Por otra parte, si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el*

100 GASCÓN ABELLÁN, Marina. “LOS HECHOS EN EL DERECHO. BASES ARGUMENTALES DE LA PRUEBA”, 2da. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2004, p. 161.

fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho 8STC 24/1990, de 15 de febrero, Fj 4), la exigencia de motivación cumple una doble finalidad inmediata: de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan...".¹⁰¹

No por ello, Chamorro ha precisado que en toda sentencia debe desprenderse el juicio lógico que ha llevado al juez a seleccionar unos hechos y una norma, la aplicación razonada de la norma, los pronunciamientos a las pretensiones de las partes y sus alegaciones relevantes para la decisión.¹⁰²

RECUERDA

La motivación judicial versa, además, en los enunciados fácticos seleccionados por el operador a fin de dar respuesta a las pretensiones expuestas por las partes; en donde los criterios de medición cualitativa de dicha motivación descansan en los juicios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, los cuales, a su vez, justifican el empleo, por parte del juez, de esquemas probabilísticos para el esclarecimiento de los hechos y la resolución del conflicto de intereses.

Sin embargo, si bien la identificación y motivación judicial de los hechos constituyen un proceso cognoscitivo del operador jurídico, el mismo se ve interactuado con la actividad, también cognoscitiva, de las partes, a la hora que presentan sus pretensiones, elaboran aquellos enunciados fácticos que den sustento –junto con lo normativo y lo probatorio– a sus intereses jurídicos, así como, su proceso argumentativo que se ve materializado en aquellos alegatos que exponen al juzgador.

En ese sentido, se puede afirmar que las partes también presentan una actividad cognoscitiva que realizar –dentro del ámbito de las denominadas cargas procesales– con la finalidad de presentarle al juzgador el mejor material informativo posible y de esta manera obtener un pronunciamiento favorable para con sus expectativas jurídicas.

101 Sala Segunda. STC 108/2001, de 23 de abril de 2001, que resuelve el recurso de amparo Nº 1772/99, promovido por don Venancio Maseda Carramiñana contra la sentencia de 5 de abril de 1999 de la Audiencia Provincial de Madrid, fundamento jurídico Nº 02.

102 CHAMORRO BERNAL, Francisco. "LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES DERIVADOS DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN", Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 211.

En efecto, las partes, como portadoras de intereses jurídicos que son puestos a conocimiento del órgano jurisdiccional a fin de exigirle una tutela judicial efectiva, deben de argumentar al juzgador que sus intereses son de recibo por el Derecho, pero no una argumentación meramente persuasiva, sino razonable, basado en enunciados fácticos que han sido verificados a través de la actividad probatoria.

Los jueces no dictan el Derecho en el marco de un proceso judicial basado en un monólogo por parte del operador; por más que se examinen temas como la prueba de oficio, la tutela oficiosa de los derechos fundamentales, el iura novit curia, y temas vinculados a los mismos, es imposible pensar en una falta de participación de las partes.

En efecto, y dentro de la denominada *teoría de la carga probatoria*, la literatura alemana nos señala la división entre carga objetiva y subjetiva de la prueba que permite separar y diferenciar la carga que realmente es carga de las partes (subjetiva) de la distribución normativa del riesgo probatorio (carga objetiva) establecida por el legislador en tanto instrucción a los jueces para decidir en caso de *no liquet*.¹⁰³

Ahora bien, la carga probatoria u onus probandi ha sido tratada por los procesalistas al examinar la responsabilidad, que en el proceso punitivo, presenta el Ministerio Público— que en un sistema acusatorio es tanto autoridad, para efectos de ser denunciado por actos u omisiones violatorias a las garantías fundamentales en el marco de los denominados procesos constitucionales, así como parte. En efecto, la carga de probar recae en el Ministerio Público, quien al momento de ejercer la acción penal y llevar la pretensión de sanción ante el Órgano jurisdiccional, asume la carga de desvanecer la presunción de inocencia que protege a toda persona a quien se le imputa una responsabilidad penal. Es decir, la carga de la prueba es la autorresponsabilidad que la ley ha establecido para con la autoridad ministerial, de incorporar al proceso los hechos que sirven de fundamento a las normas jurídicas cuya aplicación solicita.

En efecto, como nos hace recordar Jaén Vallejo, la presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, es una presunción iuris tantum que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible con la participación en él del acusado.¹⁰⁴

103 Para mayores referencias consúltese: PRÜTTING, Hanns. "CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO: LA INFLUENXIA DE LEO ROSENBEG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO". En: *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 16, N° 01, Talca, 2010, pp. 453-464.

104 JAÉN VALLEJO, Manuel. "TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PENAL. LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL", Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 110.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha precisado lo siguiente: *“Ahora bien, desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente, no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal, sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad y, por tanto, quebrantar el derecho fundamental en cuestión.*

(...)

En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal, entre otras consecuencias, que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga exclusivamente sobre la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Ahora bien, tal prueba debe ser de cargo como primera y casi obvia o redundante característica exigida por este Tribunal constitucional, y como tal podemos convencionalmente calificar toda aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes.”¹⁰⁵

Sin embargo, y sin la intención de invocar una inversión de la carga probatoria inconstitucional en un proceso punitivo, se debe tomar en cuenta un derecho a probar, el cual forma parte del contenido esencia del debido proceso. En ese sentido, se colige que los demás sujetos procesales están facultados de solicitar, al Juez, la admisión de sus medios probatorios tendientes a acreditar sus pretensiones, posiciones o caso. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

Al respecto, y como ilustrativo, citamos un extracto de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana: *“Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo se-*

105 Sala Segunda. STC 33/2000, de 14 de febrero de 2000, que resuelve el recurso de amparo N° 484/95, interpuesto por doña Carmen Merino Merino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de enero de 1995, fundamentos jurídicos segundo y cuarto.

gundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo”.¹⁰⁶

En esta interesante jurisprudencia se ha establecido que el imputado no podrá cuestionar un fallo condenatorio como contraveniente a la presunción de inocencia, cuando ha existido pruebas de cargo y el imputado y su abogado defensor no han aportado elementos probatorios que las enerven. Ello es importante, porque, como estrategia, la defensa no puede detentar un rol pasivo durante el juzgamiento, dejando que el Ministerio Público sea la única parte quien ofrezca y desahogue sus pruebas, so pretexto que no necesita hacer nada por imperio de la presunción de inocencia.

Asimismo, la praxis judicial nos muestra que no toda la carga de la prueba está en el acusador, la defensa tiene, como sabemos, el compromiso de demostrar ciertas exculpaciones. Así las llamadas *defensas afirmativas* (como la legítima defensa o la inimputabilidad) corresponde probarlas, no al Ministerio Público, sino al defensor. Por defensas afirmativas entendemos a las aseveraciones de la defensa que, de encontrarse ciertas, permiten derrotar la imputación de la acusación, aún cuando las alegaciones fácticas de la acusación sean ciertas. No se objeta la ocurrencia del hecho, sino que se presenta una circunstancia que excluye la responsabilidad al acusado.

Sin embargo, existe una posición en la doctrina, que al negar la cualidad de parte al imputado, establecen la inexistencia de derechos procesales, como el de probar, a favor de este último, so pretexto de *privatizar* el proceso penal, es decir, convertirlo en un proceso de partes.

106 Jurisprudencia emitida en virtud de los siguientes amparos:

Amparo directo 533/2004. 7 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Enedino Sánchez Zepeda.

Amparo directo 526/2004. 18 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina.

Amparo directo 567/2004. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

Amparo directo 168/2005. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretaria: Francisca Célida García Peralta.

Amparo directo 531/2004. 6 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

Al respecto, Schönke precisa lo siguiente: *“Por lo que atañe al Derecho procesal, se ha investigado de modo especial hasta qué punto el proceso penal debe ser transformado por un proceso de partes. Contra una reforma de tal clase, se alcanzan consideraciones de suma importancia. Un puro proceso de partes, en cuanto es lucha entre ellas, puede conducir a fáciles peligros para un inculpado, a causa de deficiencia en los medios de prueba o en la formación del perjuicio. Pero ante todo, no se da en un puro proceso de partes, la necesidad de investigar la personalidad del autor, en especial Radbruch ha demostrado a este respecto, que las reformas del Derecho penal y Derecho procesal penal deben arrancar de las mismas ideas fundamentales. Si se abandona en el Derecho penal la punición por el puro hecho, no es posible que sobre el ámbito procesal se exija una reforma en el sentido de una investigación de la personalidad del autor. Un puro proceso de partes entraña además otros peligros, los cuales arrancan de la remarcada acentuación del derecho del inculpado en particular de frente a la necesidad de la generalidad de una protección eficaz contra el delincuente. Así como la idea jurídica exige protección activa del inculpado contra el abuso de los medios estatales, de lo que se infiere de otra parte también la exigencia hacia una defensa de la generalidad frente al delincuente. Por todo ello, el proceso penal no puede ser ni un puro proceso de partes, ni tampoco un estricto proceso inquisitorial, ya que de ninguna manera la adopción de uno de estos principios contrapuestos puede conducir a un procedimiento que corresponda a la idea jurídica aunada con las necesidades prácticas”*.¹⁰⁷

De similar opinión es Carlos Viada, donde reproducimos su extensa crítica: *“Sin embargo, el fenómeno se ha producido bajo el signo acusatorio, invocando unos derechos procesales intocables, que amenazan la misma esencia del “ius puniendi” y desconocen la, auténtica misión de las garantías que el Ordenamiento reconoce al imputado. Es equivocado hablar de derechos en el proceso penal, cuando lo exacto es hablar de garantías y cargas procesales. Aquellas como principios institucionales del proceso penal, en cuanto instrumento para la realización de la Justicia; y las cargas, como nexos jurídicos que surgen entre los sujetos del proceso. Si en el proceso penal predomina y urge el que se exprese la relación fáctica en función del derecho punitivo a través de la sentencia, no puede haber la disponibilidad de las Partes sobre el procedimiento, como sucede en el proceso civil, aunque la estructura institucional sea común y se desenvuelva a través de un sistema contradictorio, que da oportunidad a las partes de exponer sus puntos de vista sobre las alegaciones contrarias, al tiempo que salves la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Por ello, el sistema acusatorio concebido como sistema con igualdad de partes no puede ser adoptado íntegramente, como ya apuntara Merkel; pues si se quisiera asegurar al imputado la posición exclusiva de parte, ello sería con-*

107 Cfr. SCHÖNKE, Adolf. “EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN ALEMANIA A PARTIR DEL AÑO 1945”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo IV, Fascículo I, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951, p. 11.

*tradecir el principio fundamental del proceso penal, esto es, el principio de la verdad material. En electo, este principio requiere el dominio de la materia procesal, de los órganos llamados a la investigación de la verdad, de los medios de prueba personales y reales ; de ahí que suponga, además, la condición de que el imputado tenga también la posición de objeto de prueba.*¹⁰⁸

Frente a ello, consideramos equivocada la tesis que niega la existencia de partes en el proceso penal, y por el contrario somos de la opinión que el concepto de partes se construye a partir del objeto del proceso penal: la discusión de las pretensiones de acusación y de reparación. A partir del mismo, vamos a introducir el concepto de partes como aquella (o aquellas) que formula (o formulan) y aquella a quien se le formula las pretensiones de acusación y de reparación, objeto del proceso. El órgano jurisdiccional no es parte, es sujeto de la relación procesal. Es un órgano supraordinado a las partes y ante él, y como destinatario, es formulada la pretensión.

En ese sentido, el imputado vendría a ser “parte” y no objeto de prueba (aunque sí un órgano de prueba, que puede brindar determinada información); una parte “pasiva”, no por la falta de dinamismo en la actividad procesal, sino como a quien se le dirigen las pretensiones que se discutirán en el marco del proceso penal.

Ahora bien, como parte que es, el imputado participa en el proceso penal en forma efectiva, aportando lo suyo en la discusión procesal y denunciando cualquier infracción a la legalidad de las actuaciones procesales. Para ello, se le debe asegurar un mínimo de garantías y principios, que a contrario de la opinión de Schönke, se ven traducidos a través del principio de la igualdad de armas; es decir, dotarle de la misma participación, según los parámetros legales de tiempo, lugar y modo de ejecución que se encuentran disciplinados en la norma procesal penal, que sus contrapartes: Ministerio Público y acusador coadyuvante.

Así, compartimos la opinión de Birkmeyer, de que parte es la persona que en el proceso y frente a otra requiere una decisión sobre una pretensión discutida o no por el adversario, en el modo y con las formalidades propias del proceso penal.¹⁰⁹

Entonces, si la finalidad de la prueba envuelve tanto al juez como a las partes – acusador y acusada– es evidente que los mismos desarrollarán una actividad cognoscitiva tendiente a la verificación de los enunciados fácticos planteados en el proceso a través de los medios probatorios admitidos y desahogados en un determinado proceso judicial.

Ello ha sido de recibo por la doctrina, quien con mayor detenimiento se ha centrado en la actividad procesal de las partes, tanto en la presentación de sus expectativas

108 Cfr. VIADA LÓPEZ-PUIGCEVER, Carlos. “COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1961”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XV, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, p. 350. Lo resaltado es nuestro.

109 Citado por: GUARNIERI, José. “LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL”, Editorial José Cajica, México, 1952, p. 45.

jurídicas, así como, su actividad probatoria. El único detalle es que, en la actualidad, al resaltarse la relevancia de la motivación judicial, no debe generar el olvido de las partes como canalizadores de información que permitirán al órgano jurisdiccional establecer como verdaderos o falsos los enunciados fácticos elaborados por las partes y, de esta forma, ir construyendo la razonabilidad de sus decisiones.

En suma, si uno de los componentes para una decisión judicial justa en torno a la resolución de un conflicto de intereses generado por la comisión de un delito es la presencia de un conjunto de enunciados fácticos debidamente probados, entonces, es razonable suponer la responsabilidad que tienen las partes para la construcción y probanza de los mismos –responsabilidad, no como un sentido de carga, sino de lógica asunción voluntaria, para el caso de la defensa, obligatoria, para la autoridad ministerial, de actividad procesal, alejada de cuestiones reactivas, sino proactivas, en torno a la defensa de sus intereses o expectativas jurídicas.

NOTA

Las partes y el juez están involucrados en el ámbito de los hechos (probados), el cual es uno de los componentes que justificará la presencia de una decisión judicial justa, razonable y proporcional, como pronunciamiento, en vía de tutela judicial efectiva, para la correcta resolución de los conflictos jurídico-penales.

3.2 LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS, CON FINES DE PROBANZA, NO DESCANSA EN EL SILOGISMO JURÍDICO SINO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO

Taruffo precisa que determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho concreto o histórico al que se aplica la norma idónea para decidir el caso. En ese sentido, Taruffo señala que en la óptica tradicional de la concepción silogística de la decisión judicial, esta operación no parecía suscitar especiales problemas. En efecto, una vez supuesto que la premisa mayor del silogismo judicial está constituido por una norma formulada de modo que atribuya determinadas consecuencias jurídicas a una clase de hechos, la individualización de la premisa menor consiste simplemente en establecer un hecho concreto que pertenezca a esa clase. Sobre la base de esta correspondencia o de esta pertenencia de lo particular a lo general, se sostenía que resultaba fácil la individualización del hecho sobre el que vería la decisión y, por tanto, también la definición del objeto de la prueba.¹¹⁰

110 TARUFFO, Michele. "LA PRUEBA DE LOS HECHOS", Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 96-97.

En ese orden de ideas, Gascón también nos informa en torno al recurso constante del silogismo judicial: *“La resolución judicial de los conflictos jurídicos suele representarse como un silogismo práctico que, a partir de una premisa mayor (la norma jurídica aplicable) y una premisa menor, concluye con una norma jurídica singular (el fallo de la resolución). La premisa menor o premisa fáctica establece que un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Esta premisa fáctica no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento; es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir; y esa operación de calificación jurídica de los hechos tiene naturaleza normativa”*.¹¹¹

En ese sentido, MacCormick, nos precisa las razones de seguir empleando la argumentación silogística: *“el silogismo es lo que proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos. Volvemos a la cuestión acerca de qué podría contar como aplicación de una ley. Volvemos al asunto de un procedimiento concebible para plantear una argumentación con vistas a la implementación de una ley. Eso tiene su propia lógica intrínseca, dentro de la cual es claro por qué las tesis y argumentos interpretativos tienen una relevancia real como argumentos jurídicos. Por otra parte, esto nos ayuda a recordar por qué es tan importante para un abogado ser meticuloso al examinar cada uno de los universales o conceptos contenidos en una ley, y al determinar su ordenación relevante y su mutua interacción o relaciones de prioridad y subordinación. Los casos se ganan o se pierden mediante un meticuloso cuidado –o su omisión– a la hora de detectar todos los conceptos que cuentan y de examinar rigurosamente, respecto de cada uno, qué particulares contará como un caso concreto de ese concepto. Por supuesto, esto no significa que sea necesario, ni siquiera lo mejor, exponer los argumentos jurídicos reales en forma rigurosamente silogística. Cómo presentar la argumentación es algo que corresponde a la retórica más que a la lógica; pero la retórica más eficaz probablemente sea la que descansa en una comprensión clara de la lógica implícita del proceso.”*¹¹²

Sin embargo, también es cierto las innumerables críticas que se han levantado contra este modelo formal de razonamiento judicial, entendido como una estructura de explicación del proceso de la toma de una decisión judicial que se interesa principal-

111 GASCÓN ABELLÁN, Marina. “LOS HECHOS EN EL DERECHO...”, Ob. Cit., p. 48.

112 MACCORMICK, Neil. “LA ARGUMENTACIÓN SILOGÍSTICA. UNA DEFENSA MATIZADA”. En: *Doxa*, Nº 30, 2007, p. 332. Similar postura adopta Gascón, para quien la teoría del silogismo no pretende ser una descripción de todas las operaciones reales que tienen lugar en el proceso de aplicación; pretende tan sólo reconstruir una de ellas, para llegar a la cual, por cierto, es preciso sortear numerosas dificultades que ni se explican ni se pretenden explicar a través del silogismo; y, en medida en que se entienda así, la teoría del silogismo es perfectamente válida (GASCÓN, Marina. “LOS HECHOS EN EL DERECHO...”, Ob. Cit., p. 48, nota 01).

mente por la deducibilidad de las conclusiones. Al respecto, señalaremos algunas de sus principales observaciones:

- (a) El silogismo solamente enfatiza el carácter práctico de la actividad judicial; en donde, la reducción de esta última a una simple operación silogística o subsuntiva es excesivamente simple para dar cuenta de la riqueza y complejidad presentes en el hacer de los jueces. Como indica Calamandrei: “*reducir la función del juez a un puro silogismo significaría empobrecerla, hacerla estéril, disecarla.*”¹¹³
- (b) La concepción silogística da por descontado aquello que sería necesario explicar, es decir, la identificación del significado de la norma concreta respecto de la definición del supuesto de hecho abstracto y la calificación jurídica del hecho concreto que permita establecer si éste entra o no en el campo de aplicación de aquella norma.¹¹⁴
- (c) La dificultad que presenta el silogismo judicial en demostrar que una conclusión judicial de signo negativo (la absolción de un imputado, por ejemplo) se sigue deductivamente de las premisas. El problema es que se debe constatar que la inferencia a *contrario* constituye el clásico *non sequitur*, y que la conclusión de una inferencia de esta naturaleza no se puede defender con razones lógicas, mientras que –a pesar de todo– la conclusión parece ser razonablemente aceptable.¹¹⁵

De las citadas observaciones al silogismo judicial, resaltamos la segunda, dado que plantea los problemas relevantes a nuestro tema en sus exactos términos; es decir, la elección precisa, pero problemática y discutible en el plano de la teoría general de la interpretación, tanto las premisas con la respectiva conclusión.

En efecto, Taruffo precisa que el verdadero problema del silogismo judicial respecto del cual el esquema silogístico no ofrece respuesta alguna, es el de la fijación de las premisas, es decir, la interpretación de la norma, por un lado, y la determinación del hecho, por el otro; debiéndose tomar en cuenta que ninguna determinación adecuada del hecho está dada a priori, del mismo modo que a priori no hay un significado que sea propio de la norma.¹¹⁶

Lo que Taruffo pretende señalar es que no llegan al conocimiento del órgano jurisdiccional los hechos *per se*, sino aquellos enunciados fácticos construidos selectivamente, con fines de probanza e idóneos para establecer la veracidad del caso por

113 CALAMANDREI, Piero. “PROCESO Y DEMOCRACIA”, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 80. De similar opinión: ZAGREBELSKY, Gustavo. “EL DERECHO DÚCTIL”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, capítulo 07.

114 TARUFFO, Michele. “LA PRUEBA...”, Ob. Cit., p. 98.

115 Para mayores detalles consúltese: RENTERÍA DÍAZ, Adrián. “ARGUMENTO A *CONTRARIO* Y REGLAS CONSTITUTIVAS”. En: *Doxa*, N° 20, 1997, pp. 317-330

116 TARUFFO, Michele. “LA PRUEBA...”, Ob. Cit., p. 98.

las partes; incluso, el propio Juez a la hora de motivar su decisión, selecciona aquellos enunciados fácticos probados que, juntamente con los normativos, dotarán de razonabilidad a su pronunciamiento.

En esa inteligencia, Taruffo afirma: *“La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la preparación de las premisas de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que a la construcción del caso, es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender constituir una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.”*¹¹⁷

Esta constitución estaría dada en la tarea, tanto de las partes como del Juez, en seleccionar, escoger, elegir, aquella porción de la realidad que presenta relevancia jurídica; es decir, el establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes para el caso concreto.

El error es considerar la existencia, a priori de aquellos hechos necesarios para la construcción del caso o bien de aquellas premisas para la argumentación silogística; por el contrario, la determinación del hecho que identifica a la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos.

Esta elección origina que determinados hechos sean presentados en el proceso penal como enunciados fácticos; es decir, tesis aseverativas que serán sometidas al test de la verificabilidad; donde el determinar la veracidad o falsedad de los mismos originará la imposición de diversas consecuencias jurídicas o la ausencia de las mismas.

Al respecto, Taruffo precisa que la naturaleza y la relatividad contextual de los enunciados fácticos exigen un análisis más detenido, que sólo puede hacerse a partir de la premisa de que un enunciado fáctico nunca está dado por sí mismo en situación alguna, sino que es formulado por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica.

Si lo señalado lo trasladamos al ámbito del proceso punitivo podemos afirmar que las partes elaboran sus enunciados fácticos con la finalidad de construir su caso y así demostrar lo fundables que son sus expectativas jurídicas en el proceso. Por tanto, para la construcción del caso se requiere, como primer paso, que el sujeto elabore sus enunciados fácticos en armonía con los fines procesales que persigue.

En esa inteligencia, el silogismo presupone, apriorísticamente, la existencia de hechos que el sujeto toma a fin de justificar su argumento. En cambio, si consideramos

117 Idem, p. 99. Lo resaltado es nuestro.

que es un tema de construcción del caso, entonces el plano varía al considerar la no existencia previa de enunciados fácticos, sino su proceso de elaboración que fundamentalmente hipótesis continuamente revisados por el sujeto, hasta establecer la gama de enunciados susceptibles de ser probados y que permitirán solidificar el caso expuesto ante el órgano jurisdiccional.

Si se utilizó la voz *elección*, no se dio en la inteligencia de tomar lo ya conformado, sino en la constante elaboración y revisión de esquemas probabilísticos hasta encontrar el más adecuado con la realidad y que sean relevantes a la luz de la norma que constituirá el criterio de decisión.

RECUERDA

La formulación de un enunciado fáctico deriva de la construcción del enunciado que realiza el sujeto que lo formula; lo cual, en el ámbito del proceso penal, está dado por la siguiente finalidad: que el caso planteado por la parte sea de recibo por el órgano jurisdiccional, en la medida que el enunciado constituya un hecho probado, con relevancia jurídica para la resolución del conflicto de intereses, y con un estricto respecto a los derechos humanos.

3.3 EL PRIMER PASO DE LA TEORÍA DEL CASO: CONSTRUYENDO EL CASO

Si partimos de la participación dinámica de las partes y el juez en el proceso penal, materializada en actividades procesales tendientes al esclarecimiento de los hechos, entonces se podrá afirmar que la teoría del caso es el instrumento metodológico más adecuado para el logro de tal finalidad; ello, porque la citada figura permite la interacción de los materiales fácticos, normativos y probatorios, que permitirán a cada una de las partes elaborar aquellos enunciados fácticos con relevancia normativa, que al ser probados, le darán al juzgador un arsenal informativo capaz de generar una decisión, no solamente acorde con las expectativas o intereses jurídicos de aquella parte que construyó y demostró eficazmente la veracidad de su caso, sino con el propio sistema social, al considerar que tal pronunciamiento es justo, en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, y como se indicó en el capítulo anterior, la demostración como verídico del caso de una de las partes, requiere transitar, por lo menos, en las siguientes cuatro estaciones:

1. **Construyendo el caso.** Este es el primer paso, y consiste en la elaboración de los enunciados fácticos, tomando en cuenta el contexto y la finalidad que persigue el agente constructor. Esta elaboración implica una constante revisión de los

enunciados, a fin de ir identificando aquellos que son relevantes para el esclarecimiento de los hechos y la resolución del conflicto de intereses.

2. **Recolectando las evidencias para el caso.** Un enunciado fáctico fortalecerá el caso de uno, en la medida que pueda ser verificado a través de los respectivos medios de cognición que ofrece la actividad probatoria. Sin embargo, para ello, el agente constructor deberá ir descubriendo aquellas fuentes de cognición idóneas para tal verificación, localizando y asegurando tanto las citadas fuentes como la información que las mismas contienen, con la finalidad que, en etapas más avanzadas del proceso penal, sean incorporados al mismo aquellos medios tendientes a transmitir la información valiosa de tales fuentes y en su momento ser desahogadas ante el órgano jurisdiccional. En ese sentido, el ir identificando aquellas fuentes de cognición conlleva una búsqueda y recolección de las respectivas evidencias para el caso.
3. **Depurando el caso.** Este es el tercer paso y consiste en la revisión y corrección formal que realiza el agente en torno a sus enunciados fácticos, la norma jurídica seleccionada y su material probatorio; con la finalidad, de eliminar todo vicio o defecto que comprometa la validez y la verificabilidad de su caso. Ello no impide que el sujeto, con anterioridad, realice más de un proceso de depuración –recuérdese que la teoría del caso no es lineal sino dialéctica– pero encuentra en el proceso penal, un momento o etapa procesal oficial para el citado proceso de saneamiento, esta vez, en presencia del juez y los demás sujetos procesales en la respectiva audiencia.
4. **Exponiendo el caso.** Este es el último paso de nuestra propuesta de teoría del caso, y consiste en la explicación que realiza cada una de las partes de su respectivo caso, precisando tanto los enunciados fácticos, la norma jurídica y los medios probatorios para verificar los mencionados enunciados. El detalle es que, en las audiencias que las partes concurren, encontrarán en su teoría del caso el arsenal argumentativo idóneo para la presentación y defensa de sus posturas –claro está, adecuándolo al tema que se discute en la concreta audiencia: legalidad de la detención, vinculación a proceso, procedencia de medida cautelar, etc. Sin embargo, es en la audiencia de juicio oral donde el sujeto encontrará el momento más importante o central para exponer su caso, dado que, la citada audiencia a su vez será el marco para el desarrollo de la actividad probatoria y el dictado de la respectiva sentencia-marco que no genera las demás audiencias, salvo el caso de la audiencia señalada en el marco del procedimiento abreviado.

En este escenario, comentaremos el primero de los cuatro pasos señalados, esto es la construcción del caso.

Ahora bien, para construir un caso se requiere de la siguiente actividad:

1. Elaborar los enunciados fácticos
2. Seleccionar la teoría del delito a aplicar

3. Subsumir los hechos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada
4. Evidencias.

En esa inteligencia, y para fines didácticos cada uno de estos cuatro pasos será comentado tanto en el presente capítulo como en los siguientes, de esta forma:

- (a) En el presente capítulo tercero se examinará la elaboración de los enunciados fácticos.
- (b) En el capítulo cuarto se analizará la selección de la teoría del delito a aplicar,
- (c) En el capítulo quinto se estudiará la operación de subsumir los hechos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada.
- (d) En el capítulo sexto se comentará el tema de las evidencias.

Una vez cumplido con estos cuatro estudios, daremos por finalizado el examen en torno al primer paso de nuestra visión de teoría del caso, denominado: construyendo el caso; para luego pasar al análisis de los tres restantes: recolección, depuración y exposición del caso –capítulos octavo, noveno y décimo, respectivamente.

Ahora bien, y continuando en el ámbito de lo didáctico, para entender mejor los cuatro niveles de estudio que conforman el primer paso de la teoría del caso, recomendamos que el lector elabore una tabla de cuatro columnas, observando el modelo o gráfico siguiente:

TABLA PARA LA CONSTRUCCIÓN 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
Este elemento será examinado en el presente capítulo tercero del presente libro	Este elemento será estudiado en el capítulo cuarto del presente libro	Este elemento será analizado en el capítulo quinto del presente libro	Este elemento será comentado en el capítulo sexto del presente libro

Una vez elaborada la citada tabla, procederemos a elaborar nuestros enunciados fácticos, esto es, identificando aquellos hechos relevantes para nuestro caso. Sin embargo, para ello, vamos a presentar el siguiente relato, el cual denominaremos: *Los ladrones de Trigo*. Este relato nos servirá de base en todos los capítulos siguientes de este libro, a fin de ilustrar cada momento de aplicación de la respectiva teoría del caso.

Al respecto, el citado relato consiste en lo siguiente:

Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México, 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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.

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 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. Isidro Fabella.

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, del Estado de México, 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 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 de la Procuraduría General de la República, 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 estatal, 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 nombre: 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 de la Procuraduría General de Justicia.

Luego, los detenidos son puestos a disposición del agente del Ministerio Público a las 05:30 a.m. del mismo día 02 de abril del 2010. En ese sentido, la autoridad ministerial, dentro de las primeras 24 horas de retenido los detenidos, obtiene los siguientes datos de prueba:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
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.
6. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
7. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
8. Entrevista a TERESA MORI MORI.
9. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.
10. Inspección del vehículo Ford.

11. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.
12. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte “La Flecha Veloz”, quien acredita la propiedad del tracto-camión: remolque y jaulas.
13. Dictamen de valuación e identificación vehicular, donde el valor intrínseco del tracto-camión es de OCHENTA MIL DÓLARES AMERICANOS.
14. Dictamen de valuación de la mercancía, ascendente a DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS.
15. Fotografías de los detenidos
16. Huellas dactilares de los detenidos.
17. Fotografías de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.
18. Fotografías del tracto-camión.
19. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.
20. Fotografías del vehículo Ford.
21. Informe de antecedentes penales de JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.
22. Informe de antecedentes penales de LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.
23. Informe de antecedentes penales de TERESA MORI MORI, con resultado negativo.
24. Pericia de alcoholemia y toxicológico en JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.
25. Pericia de alcoholemia y toxicológico en LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.
26. Pericia de alcoholemia y toxicológico en TERESA MORI MORI, con resultado negativo.
27. Informe de la Policía Ministerial de la situación socio-económica de los imputados: domicilio, edad, estado civil, instrucción y ocupación

Asimismo, ante la autoridad ministerial, JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, manifestaron ser mayores de edad, que en ese momento estaban en pleno usos de sus facultades mentales y que no había presencia de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que haya alterado gravemente sus conciencias.

Finalmente, la autoridad ministerial pone a disposición del órgano jurisdiccional a los detenidos, el día 03 de abril del 2010 a las 09:00 a.m.

A continuación, trabajaremos con el presente relato la construcción de nuestro caso.

3.4 EL PRIMER ASPECTO A CONSIDERAR EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO ES LA ELABORACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS

3.4.1 CONCEPTO Y CLASES DE HECHOS

Para Bunge, el hecho es todo aquello de que se sepa o se suponga que pertenece a la realidad.¹¹⁸ 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.¹¹⁹

Ahora bien, para Taruffo,¹²⁰ 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 aquél 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 éstos 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 sólo 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.

118 BUNGE, Mario. "LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA", Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 717.

119 RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto. "METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN", Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2005, p. 58.

120 TARUFFO, Michele. "LA PRUEBA...", Ob. Cit., pp. 113-114.

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 aquélla identifica y define como hecho. Asimismo, esta tipología va operar en torno a la respectiva identificación o relevancia normativa.

Una primera tipología gira en torno a los denominados hechos principales, secundarios e irrelevantes.¹²¹ 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.

Al respecto, y tomando en cuenta nuestro relato al que hemos denominado: *los ladrones de trigo*, podemos poner como ejemplos de hechos –enunciados fácticos– principales, 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 –primer sentido de hechos principales–, los cuales, si son probados dentro del proceso penal, constituirán uno de los presupuestos –la denominada motivación fáctica– de la respectiva decisión judicial– segundo sentido de hechos principales.

No obstante, puede suceder que entre las circunstancias de la situación haya algunas que, una vez conocidas o determinada como verdaderas, puedan ser empleadas como premisas de inferencias cuya conclusión verse sobre la existencia o inexistencia

121 Para mayores detalles, consúltese: TARUFFO, Michele. “LA PRUEBA...”, Ob. Cit., pp. 113-117.

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 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, lo siguiente:

- (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, encuentra, en los bolsillos del pantalón de la persona de JUAN PÉREZ PÉREZ las anteriormente 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 fortalezca los hechos principales como lo es por ejemplo: ingreso al tracto-camión con la finalidad de apoderárselo.

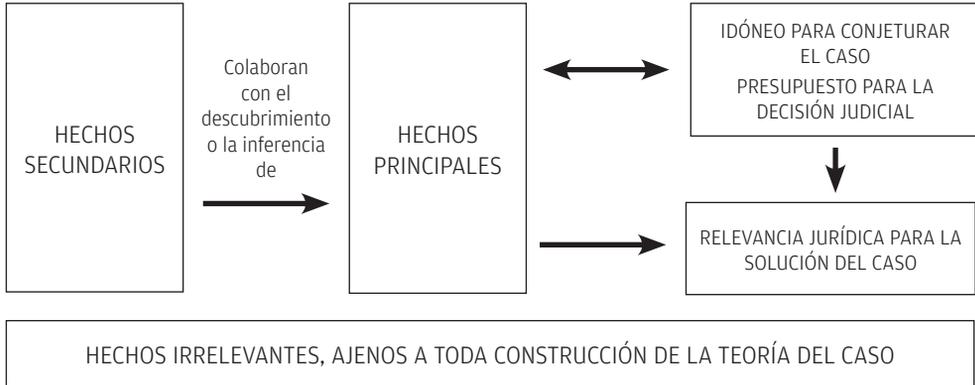
Asimismo, tenemos aquellas circunstancias que pertenecen empírica o históricamente a la situación de hecho controvertida, pero que –sobre la base de los criterios de selección aplicados– resultan jurídica o lógicamente irrelevantes, dado que no integran ningún hecho principal y tampoco resultan útiles 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.

Por otro lado, una segunda tipología gira en torno a los denominados hechos simples y complejos.¹²² 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 los casos en los que el hecho relevan-

122 Para mayores detalles, consúltese: TARUFFO, Michele. "LA PRUEBA...", Ob. Cit., pp. 143-149.

te 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.

Al respecto, citamos los siguientes ejemplos de hechos complejos:

1. CÉSAR TORRES TORRES conducía un tracto-camión, el cual transportaba dos jaulas que contenían, en su conjunto, dos toneladas de trigo.
2. Mientras JUAN PÉREZ PÉREZ, le pedía a CÉSAR TORRES TORRES las tarjetas de circulación tanto del tracto-camión como de las jaulas; este último prendió las torretas del camión a fin de llamar la atención de tres patrullas de la policía estatal, quienes al percatarse fueron al encuentro del citado tracto-camión.

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 éstas.¹²³

Sin embargo, una importante taxonomía es aquella que identifica: hechos externos de aquellos internos o psicológicos.¹²⁴ En ese sentido, son hechos externos los acontecimientos que ocurren fuera del sujeto, mientras que los internos o psicológicos se refieren a los que ocurren dentro del sujeto.

123 Para mayores detalles, consúltese: TARUFFO, Michele. "LA PRUEBA...", Ob. Cit., pp. 149-158.

124 Para mayores detalles, consúltese: TARUFFO, Michele. "LA PRUEBA...", Ob. Cit., pp. 159-165. GASCÓN, Marina. "LOS HECHOS EN EL DERECHO...", Ob. Cit., pp. 75-78.

tecimientos 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 tanto, comprobables mediante juicios descriptivos. Significa tan sólo 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.”*¹²⁵

Así, si tomamos en cuenta nuestro relato de los ladrones de trigo, podemos elaborar los siguientes ejemplos:

- (a) JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ le dijeron a CÉSAR TORRES TORRES, que les entregase el tracto-camión junto con las dos jaulas que contenían dos toneladas de trigo; mientras que en el vehículo Ford los esperaba TERESA MORI MORI. Aquí estamos ante un hecho externo.
- (b) JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, así como, TERESA MORI MORI, tenían la intención de apoderarse indebidamente tanto del tracto-camión, las dos jaulas y la mercancía que transportaba CÉSAR TORRES TORRES. Aquí nos enfrentamos ante un hecho interno o psicológico.

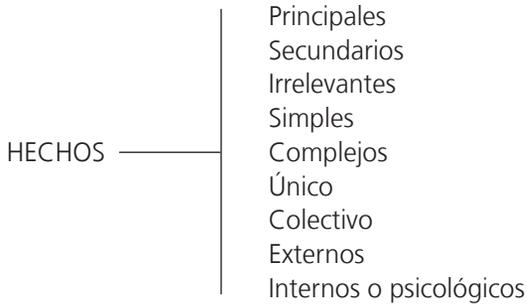
Ahora bien, a través de los hechos externos, el sujeto cognoscente podrá inferir la intención o voluntad de las personas intervinientes en los mismos; otorgándoles a los hechos internos o psicológicos una contextualización razonable, con efectos procesales.

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.

125 GASCÓN, Marina. “LOS HECHOS EN EL DERECHO...”, Ob. Cit., p. 77.

TIPOLOGÍA DE LOS HECHOS



3.4.2 LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS: CONCEPTO Y CONSTRUCCIÓN

En los apartados anteriores se ha señalado que, 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 la misma 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 sólo el resultado final.¹²⁶ 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

126 TARUFFO, Michele. "ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año VII, Nº 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, p. 116.

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.

Así, en el caso de nuestro ladrones de trigo, si seleccionamos como norma jurídica aplicable al caso aquella que describe la conducta típica de robo, entonces a la hora de construir nuestros enunciados fácticos no vamos a describir los temas que en la conversación abordaron el conductor del tracto-camión CÉSAR TORRES TORRES con el vigilante de la empresa Harinera “Los Ángeles” de nombre ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN mientras se dirigían a la báscula pública para pesar la mercancía –ni siquiera precisar si conversaron o no– dado que, el mismo no presenta relevancia jurídica.

Por otro lado, la relevancia lógica caracteriza 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.

Así, en lo que respecta a los ladrones de trigo, si bien el detalle de invocar la norma penal que tipifica el robo es en la medida que JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, pretendían llevarse el tracto-camión, las dos jaulas y la mercancía que se transportaba en las mismas. En esa inteligencia, si uno de nuestros enunciados fácticos es la presencia de las tarjetas de circulación en el bolsillo de una de las personas antes mencionadas, es por la relevancia lógica que presenta tal evento, para permitir inferir el hecho principal: el comportamiento de los tres sujetos para apoderarse del tracto camión, las dos jaulas y la mercancía.

- (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 deter-

minar la forma lingüística más oportuna y 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.

Por ejemplo:

(i) JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, estaban dentro de un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco.

Aquí se está ante un enunciado fáctico descriptivo.

(ii) CÉSAR TORRES TORRES Observó que LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realizó un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.

Aquí estamos ante un enunciado fáctico valorativo.

- (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 sub sistemas sociales que pueden dotar de sentido a los enunciados fácticos | → | CONSTRUCCIÓN SOCIAL |

3.5 LA ELABORACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN EL CASO DE LOS LADRONES DE TRIGO

Al finalizar cada capítulo, a partir del presente, vamos a realizar una aplicación práctica de lo desarrollado a lo largo del mismo; para ello, nuestra referencia será el caso de los ladrones de trigo.

En ese sentido, el primer paso de nuestra teoría del caso es: construyendo el caso. Para ello, trabajaremos con la tabla elaborada en el apartado 3.3 del presente estudio.

De acuerdo con la citada tabla, tenemos que trabajar, con la primera columna denominada: elaborando los enunciados fácticos. En ese orden de ideas lo elaboramos de la siguiente forma:

I
ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS
1. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México
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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
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.
4. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
5. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura,
6. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.
7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
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.
9. Las personas que iban en el vehículo Ford le hace señales a CÉSAR TORRES TORRES a fin que se detenga.
10. CÉSAR TORRES TORRES no se detiene.
11. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
13. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.

I

ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS

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.
15. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
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.
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
18. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
19. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
20. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
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, fugándose del lugar de los hechos.
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.
23. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.
24. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.
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.
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 de la Procuraduría General de Justicia.
27. Los detenidos son puestos a disposición del agente del Ministerio Público a las 05:30 a.m. del mismo día en que ocurrieron los hechos.
28. Ante la autoridad ministerial, JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, manifestaron ser mayores de edad, que en ese momento estaban en pleno usos de sus facultades mentales y que no había presencia de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que haya alterado gravemente sus conciencias.
29. La autoridad ministerial pone a disposición del órgano jurisdiccional a los detenidos, el día 03 de abril del 2010 a las 09:00 a.m.

Al respecto, hemos elaborado 29 enunciados fácticos; para confirmar lo señalado a lo largo de este capítulo, se le pide al lector que vaya identificando cuáles son los enunciados fácticos principales y secundarios, los externos e internos, así como, los simples y los complejos.

Igualmente, el lector puede establecer cuál o cuáles técnicas de construcción de enunciados se han empleado; esto es, si se utilizó la selectiva, lingüística, cultural y/o la social.

Finalmente, debemos de resaltar que, por razones pedagógicas, hemos individualizado 29 enunciados fácticos; pero si el lector identifica –separa, específica– más enunciados, añadiéndose a los ya señalados estaría operando correctamente; porque una recomendación clave a la hora de ir construyendo los enunciados fácticos es la no pérdida de vista de aquellos detalles que den sentido, esto es, contextualicen, nuestra teoría del caso.

RECUERDA

Al ser detallista en torno a los hechos, se va evitar en caer en falsas suposiciones o sobreentendidos que puedan comprometer el caso de uno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Con relación al deber de motivación judicial

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En; *DOXA*, N° 12, 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”. En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, N° 22, 1994.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Carpintería de la sentencia penal (en materia de “hechos”). En: *Revista del Poder Judicial*, N° 49, 1998.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Los hechos en la sentencia penal*, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, Editorial Fontamara, México, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*, 5ta. Reimpresión de la segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

- CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Editorial Bosch, Barcelona, 1994.
- DIAZ CANTÓN, Fernando. *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- GARCÍA FIGUEROA. "Palabras, palabras, palabras... de lo que el derecho le dice a los jueces". En: *Jueces para la democracia*, Nº 36, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. "La motivación de la prueba". En: *Constitución y derechos fundamentales*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004.
- GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- LABRADA, Pelayo Ariel. *La motivación en los organismos judiciales*, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2006.
- PADURA BALLESTEROS, María Teresa. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PRIETO SANCHIS, Luís. *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- REICHEL, Hans. *La ley y la sentencia*, Editorial Reus, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año VII, Nº 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

2. Con relación al silogismo jurídico

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
- ASEFF, Lucía María. *Argumentación jurídica y semiosis social*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1960.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Concha. *Técnica de la argumentación jurídica*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.

- FETERIS, Eveline. *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- MACCORMICK, Neil. “La argumentación silogística. Una defensa matizada”. En: *Doxa*, N° 30, 2007.
- MARAFIOTI, Roberto. *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo XX*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2003.
- MARTINEAY, François. *Argumentación judicial del abogado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge. *La argumentación de los operadores jurídicos*, Editorial Educa, Buenos Aires, 2005.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián. “Argumento a contrario y reglas constitutivas”. En: *Doxa*, N° 20, 1997.
- TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*, Editorial Península, Barcelona, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

3. Con relación a la noción de “hechos”

- BUNGE, Mario. *La investigación científica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
- DEWEY, John. *Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.
- POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ MOGUEL, Ernesto. *Metodología de la investigación*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2005.

4. Con relación a la elaboración de los enunciados fácticos

- BINDER, Alberto. Et. Al. *Derecho procesal penal*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, reimpresión de la 1era. Edición, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La motivación de la prueba”. En: *Constitución y derechos fundamentales*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2004 (existe una 3ra. Edición, del 2010).
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal. Las garantías del proceso penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- PRÜTTING, Hanns. “Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenbeg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”. En: *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 16, N° 01, Talca, 2010.

- TARUFFO, Michele. "Modelli di prova e di procedimento probatorio". En: *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990.
- TARUFFO, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año VII, Nº 11, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. *El mismo. La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el Juez y la construcción de los hechos*, Editorial Pons, Madrid, 2010.

CAPÍTULO IV



PRIMER PASO: CONSTRUYENDO EL CASO SEGUNDA PARTE: SELECCIONANDO LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR



4.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Es de amplio conocimiento, que el delito¹²⁷ y la pena, junto con el binomio peligrosidad / medida de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho penal.

La primera aproximación al delito y a las normas penales es una aproximación lógica y sistemática, que parte de la ley positiva como un dogma, al menos provisional. El estudio lógico y hermenéutico de los preceptos penales, la deducción del principio y la elaboración de sistemas es la respuesta de los juristas al deseo de aplicación de un Derecho penal con criterios seguros e igualitarios; es por tanto, también, un medio de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la aplicación de la ley penal por los jueces y tribunales.

En ese sentido, ha sido la dogmática jurídico-penal¹²⁸ la que, a través de la teoría del delito, ha realizado una serie de abstracciones de los tipos concretos de la parte

127 En cuanto al concepto de delito, el mismo debe contener necesariamente el aspecto de *desvaloración jurídica* de la conducta, lo que permite considerar al delito como acto desvalorado o injusto y no meramente como un acto de desobediencia; es decir, el comportamiento prohibido integra un desvalor material. La doble dimensión de la norma jurídica penal está demandando una determinada construcción del injusto penal como suma o integración de desvalor de acción y desvalor de resultado. (Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás. "EL PODER PUNITIVO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO", Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996, p. 23).

128 Para Roxin, la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal (Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 192). Por su parte, Cerezo Mir apunta que la dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos

especial abarca los presupuestos generales del hecho punible. Como indica Arroyo Zapatero, el resultado más relevante de la dogmática penal es el conjunto de criterios, principios y conceptos que constituyen la teoría del delito, que se trata de una teoría general válida para interpretar y aplicar al caso concreto cualquier figura del delito.¹²⁹

En efecto, la manifestación más característica de la dogmática del Derecho penal es la denominada teoría general del delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal alcanza las cotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo. Como indica de la Cuesta Aguado,¹³⁰ la teoría general del delito comprende, explica y sistematiza los presupuestos generales y elementos que han de concurrir en una conducta para que pueda ser calificada como delito y sancionada con una pena.

Continúa diciendo la citada profesora española que los presupuestos generales y elementos esenciales del concepto de delito, generalmente, no aparecen explicitados en las leyes penales, sino que el intérprete ha de extraerlos de los distintos tipos penales (homicidio, robo, fraude, etc.) que se contienen en aquéllas y que se estudian en la parte especial del Derecho penal. Cada delito tiene una serie de características propias que le diferencian de los demás, pero contiene también una serie de elementos, principios o estructuras comunes a todos ellos o a grandes grupos de delitos. La definición y estudio de estos elementos comunes corresponde a la teoría general del delito, que se estudia en la parte general del Derecho penal.¹³¹

Al respecto, Hassemer apunta que la teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación.¹³²

jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático; es decir, se ocupa de la interpretación del Derecho penal positivo, empleándose el término *interpretación* en su sentido más amplio, esto es, que permita la elaboración del sistema (Cfr. CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE GENERAL", 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 61 y sgts). Esta vinculación entre el Derecho penal y el Derecho positivo es resaltado por Romeo Casabona, al precisar que este último es el objeto de estudio natural del primero (Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. "DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINOLOGÍA EN EVOLUCIÓN", Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1997, p. 09). De igual forma Bricola para quien la teoría del delito debe tener como objetivo exclusivo el Derecho positivo, pero no como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y a cuya modificación estructural debe cooperar el jurista sin que ello exceda los límites de su competencia (Cfr. BRICOLA, Franco. "TEORIA GENERALE DEL REATO". En: *Novissimo Digesto*, Tomo XIX, Torino, 1974, p. 12).

129 PRIETO SANCHIS, Luis. Et. Al. "INTRODUCCIÓN AL DERECHO", Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996, p. 189.

130 DE LA CUESTA AGUADA, Paz. M. "TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1995, p. 20.

131 Idem, pp. 20-21.

132 HASSEMER, Winfried. "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL", Editorial Bosch, Barcelona 1984, p. 253.

En ese orden de ideas, Carlos Daza¹³³ define la teoría del delito como el instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley; así, para el jurista mexicano, la teoría del delito se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho que pueda ser considerado como delito. Esta definición considera que la teoría del delito está compuesta por elementos, los cuales deben ser comunes a todos los delitos, radicando en esta afirmación el punto medular, por lo que resulta necesario estudiar la evolución sistemática de la estructura del delito, pues depende de la doctrina a que se esté afiliado, para saber si se trata de dos, tres, cuatro, cinco, seis o de siete elementos que conforman el ilícito.

En esa inteligencia, la teoría del delito pretende contestar la pregunta de qué es el delito a través de la identificación, conceptualización y sistematización de aquellos elementos que pueden considerarse comunes a todo delito y que deben reunirse para la aplicación de las consecuencias jurídico-penales que establece la ley. Es decir, y como apunta Morales Brand,¹³⁴ es una elaboración sistemática de las características generales que la norma le atribuye al delito.

Para Muñoz Conde, la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuales son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.¹³⁵

Al respecto, Zaffaroni precisa lo siguiente: *“Para que el juzgador verifique si se halla en presencia de un delito, debe responder a varias preguntas. La teoría del delito (que responde ¿qué es el delito? en general) pone en orden esas preguntas dentro de un sistema, en el que cada respuesta es un concepto teórico que inevitablemente cumple una función política (aporta a la contención del poder punitivo) como parte de la general función política de reducción y contención de todo el sistema. La teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligencia de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo. Por tal razón, el análisis (teoría) del delito debe ser estratificado, o sea, que debe avanzar por pasos”*.¹³⁶

Sin embargo, hay que tener presente la advertencia de Engisch¹³⁷ en torno a la existencia de una equivalencia de construcciones dogmáticas; es decir, que pueden jus-

133 DAZA GÓMEZ, Carlos. “TEORÍA GENERAL DEL DELITO. SISTEMA FINALISTA Y FUNCIONALISTA”, primera reimpresión de la quinta edición, Flores editor, México, 2009, pp. 29-30.

134 MORALES BRAND, José Luis Eloy. “DERECHO PENAL”, 4ta. Edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2009, p. 109.

135 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 203.

136 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL”, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 57.

137 ENGISCH, Karl. “SENTIDO Y ALCANCE DE LA SISTEMÁTICA JURÍDICA”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 3, Madrid, 1986, p. 8.

tificarse diferentes localizaciones sistemáticas; por lo que, y ello lo ahondaremos en los puntos siguientes del presente capítulo, el abogado deberá tener en cuenta la existencia de una serie de escuelas o corrientes que tratan de impregnar su sello personal en torno a los elementos del delito, ya sea partiendo del ontologismo o del normativismo.

RECUERDA

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuales son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.

Por otro lado, la teoría del delito presenta las siguientes características:¹³⁸

1. Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
2. Son hipótesis, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
3. Posee tendencias dogmáticas al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
4. Consecuencia jurídico-penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

Ahora bien, la importancia de la teoría del delito radica en el de ser un instrumento conceptual que aporta al profesional en el Derecho las construcciones de solución teóricas de las principales cuestiones dogmáticas-sistemáticas que permitirán una mejora en la calidad de trabajo, así como una correcta fundamentación de sus posiciones.

Al respecto, Jiménez de Asúa, a inicios del Siglo XX, precisaba lo siguiente: *“todos estos problemas de técnicas que voy a plantear no son un ‘tiquis miquis’ jurídico, es decir, que no son abstruserías tudescas, como creyó Enrico Ferri cuando hablaba, irreverentemente, de que en Alemania los tratadistas complican y oscurecen los temas que abordan. Al contrario, yo creo –por ejemplo– que no hay asunto que interese más al abogado práctico y al juez que el problema de la tipicidad”*.¹³⁹

Si lo señalado, lo relacionamos con el operador jurídico, se refleja con mayor intensidad la importancia y utilidad de la teoría del delito; en efecto, y recordando a

138 Para mayores detalles, véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, cuarta reimpresión de la segunda edición, Editorial Cárdenas, México, 1998, p. 18. BACIGALUPO, Enrique. “LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO”, Juricentro, San José, 1985, p. 143.

139 Cita tomada de: BACIGALUPO, Enrique. “LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO DE JIMÉNEZ DE ASÚA (O EL NACIMIENTO DE LA DOGMÁTICA PENAL DE HABLA CASTELLANA)”. Estudio preliminar a la obra de: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. “LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO”, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, p. XXVIII.

Santiago Nino,¹⁴⁰ puesto que los órganos de decisión jurídica deben asumir ineludiblemente posturas axiológicas para justificar racionalmente sus decisiones, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en tal tarea, cuando se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones para explorar teóricamente problemas de fundamentación valorativa.

Esta exploración, no implica que los penalistas innoven, sino que perfeccionen, desarrollen equilibradamente esas dos dimensiones heredadas de los mayores: la técnica realista problemática, por una parte y la lógica sistemática científica, por otra;¹⁴¹ y ello es la aspiración de los académicos que trabajan con la teoría del delito al constituir una herramienta sistematizador del Derecho penal.¹⁴²

En ese sentido, la doctrina ha establecido los siguientes beneficios de la teoría del delito:¹⁴³

1. Facilita el estudio del material jurídico.
2. Permite la existencia de una jurisprudencia racional objetiva e igualitaria, contribuyendo de esta forma a la seguridad jurídica.
3. Profundiza en ámbitos que el legislador sólo ha contemplado de forma genérica o que incluso no ha previsto.
4. Ofrece al legislador las bases y criterios para realizar las necesarias reformas de la legislación penal.
5. Presupone la existencia de una diferenciación en las funciones sociales de emitir e interpretar las normas.

En suma, a través de la teoría del delito el Derecho penal, en concreto su dogmática, encuentra una herramienta tendiente a dotarle de certeza, capacidad reguladora y credibilidad; apuntando, además, a mejorar su grado de eficiencia y garantismo.

140 SANTIAGO NINO, Carlos. "LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 12.

141 Para mayores detalles: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO", Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pp. 49 y sgts.

142 SERRANO-PIEDecasas, José Ramón. "EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO DEL DERECHO PENAL". En: *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Volumen I, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 673.

143 JESCHECK, Hans Heinrich. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 264. SCHÜNEMANN, Bernd. "EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL. CUESTIONES FUNDAMENTALES", Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 36. PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. "FACTORES RELEVANTES PARA LA PERVICENCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 75, Madrid, 1990, p. 846. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. Cit., pp. 23-24.

4.2 METODOLOGÍA Y SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Una teoría del delito orientada a sus consecuencias –es decir, aquella que justifica sus decisiones en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan–¹⁴⁴ ha de partir para la obtención de un concepto material de delito de los fines atribuidos a la pena y al Derecho penal.¹⁴⁵

En ese sentido, si seguimos la lógica de la norma desarrollada por Mir Puig,¹⁴⁶ si el fin del Derecho penal y de la pena es prevenir conductas, ello implica atribuir a la norma penal un significado directivo, esto es, la norma primaria contendría un imperativo de ordenación de conductas. Ahora bien, lo que el Derecho penal pretende es el evitar aquellas conductas que representan los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes, por lo que, la norma primaria, previamente a la configuración de la norma imperativa ha de realizar una valoración sobre el bien jurídico, la conducta y el resultado.

La primera característica, entonces, que ha de tener una conducta para ser calificada como delito, es infringir esta directiva de conducta acorde a derecho contenida en la norma de determinación (norma de conducta). Tal conducta será entonces contraria al ordenamiento jurídico; será antijurídica.

Pero, para que al sujeto que comete la acción antijurídica se le pueda exigir responsabilidad por su conducta, es preciso que dicho sujeto tenga, como mínimo, capacidad para ser motivado por la norma; esto es, capacidad psíquica para comprender el mensaje de la norma de determinación (norma de conducta) y posibilidad de actuar en consecuencia.

Así pues, el concepto de delito responde a dos juicios de desvalor diversos: un juicio de desvalor sobre el hecho, es decir, la antijuridicidad y un juicio de desvalor sobre el autor del hecho, esto es, la culpabilidad.

Pero no todo hecho antijurídico y culpable va a ser castigado con una pena, sino sólo aquellos que previamente hayan sido descritos en un tipo penal. En ese sentido, el legislador penal, mediante la tipicidad selecciona de entre todas las conductas antijurídicas posibles las que más gravemente atentan contra los bienes jurídicos más importantes y las sanciona.

Así, de lo anteriormente descrito, se puede extraer una definición material de delito: *Delito sería toda conducta típica, antijurídica y culpable*. Se trata de una definición

144 HASSEMER, Winfried. "FUNDAMENTOS...", Ob. Cit., p. 34.

145 MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL...", Ob. Cit., p. 121. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. Cit., p. 31.

146 MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL...", Ob. Cit., pp. 121 y sgts.

secuencial de delito, en la que el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra.¹⁴⁷

Por otro lado, si aplicamos los principios de política criminal¹⁴⁸ –la mayoría de ellos constitucionalizados– se puede inferir que los mismos se proyectan en la teoría del delito determinando el concepto y contenido de hecho punible. Así, en primer lugar, tenemos el principio del Derecho penal de acto, el cual establece que la base de criminalización –tarea del legislador– y valoración con fines de sanción –labor del juzgador– está dada por la presencia de un comportamiento humano; es decir, la voluntad exteriorizada; excluyéndose los meros pensamientos, las actitudes internas o, en definitiva, cualquier acto que escape al control de la voluntad.

En segundo lugar, el principio de legalidad exige la tipicidad de ese comportamiento; es decir, que esté previsto en la ley. Por eso, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.

Asimismo, la exigencia de la antijuridicidad se deriva de que a veces la conducta se realiza bajo condiciones que la justifican. Esas condiciones, denominadas “causas de justificación”, proceden de todo el ordenamiento jurídico y fungen como normas permisivas tendientes a solucionar conflictos intersubjetivos.

Por último, la conducta típica y antijurídica ha de ser culpable; es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor. Para ello constituye un presupuesto ineludible determinar la imputabilidad o capacidad de responsabilidad del mismo –principio de asequibilidad normativa– y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, la presencia de un error invencible de prohibición o el estado de necesidad exculpante –por mandato del principio de necesidad de pena.

Como se aprecia, hay cierto consenso en el empleo de determinadas categorías tales como: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a la hora de definir, materialmente, al ilícito penal.¹⁴⁹ La diferencia radica en el contenido de las mismas, sus

147 DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. Cit., p. 35.

148 Desarrollado por Claus Roxin. Al respecto, véase en las referencias bibliográficas aquellos textos donde Roxin determina el contenido del hecho punible a través de principios político-criminales.

149 En este esquema no agregamos la punibilidad, dado que, entendemos que la misma no es una nota constitutiva del concepto de delito, sino una consecuencia de este último; por tanto, en las causales de cancelación de la punibilidad, observamos no una eliminación del carácter contradictorio entre la conducta de un sujeto con el ordenamiento jurídico, ni la responsabilidad de éste para con sus actos, sino una decisión del legislador de canalizar este comportamiento a través de medios diferentes al punitivo, pese que, se está ante una conducta, típica, antijurídica y culpable; y ello, por razones de una racional conveniencia política, despresurización del sistema de justicia penal, humanidad, etc.

notas de inclusión y exclusión, incluso en lo que respecta a su propia autonomía.¹⁵⁰ Este tamiz se origina por la elección del método a seguir para la elaboración del concepto de delito, así como, la sistemática resultante de tal elección; por tal razón, en este apartado comentaremos tanto del método como la sistemática de la teoría del delito que se viene operando, en los últimos tiempos, en Europa continental, principalmente Alemania, España e Italia, al ser referentes importantes en la dogmática jurídico-penal de aquellos países que bebemos de la tradición jurídica romana-germánica.

RECUERDA

La noción material de delito implica la sistematización de los siguientes elementos o categorías normativas: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; donde el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra. En cambio, la punibilidad, no es un elemento del delito sino la consecuencia jurídica de éste, la cual se ve expresada en la dicotomía: delito / pena y peligrosidad delictiva / medida de seguridad.

4.2.1 EL MÉTODO EN EL DERECHO PENAL

El método en Derecho permite explicar una teoría o conjetura que se elabora desde un punto exacto, como puede ser el Derecho positivo, claro está, sin desconocer la importancia de los datos empíricos para toda disciplina científica, como lo es también el Derecho.

En ese sentido, en el ámbito propio del Derecho penal podemos identificar una metodología de trabajo, que ha generado corrientes de pensamiento que han enriquecido la dogmática jurídico-penal; y en ese orden de ideas, consideramos que esta última ha estado en el vaivén entre ontologismo y normativismo.¹⁵¹ Como indica Matilde

150 Recuérdese la tesis de Radbruch en torno a la subsunción de la conducta en la categoría de la tipicidad; o bien, a la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual, al considerar a la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad, subsume la primera en la segunda.

151 Como es conocido, los esfuerzos de sistemática penal en la posguerra han tendido a irse desligando cada vez más de los datos ontológicos previos y de las estructuras lógico-objetivas en los cuales el finalismo quería basar el Derecho penal, y también han tendido a tratar de desarrollar las teorías generales del Derecho penal a partir de puntos de vista normativos. Así, tanto las de Jakobs— caracterizados por Schünemann como normativista libre de empirismo— así como la de Roxin, se le han caracterizado como planteamientos normativista, aunque este último vincula su teoría con criterios de política criminal, así como, con realidades empíricas. Por otro lado, para Polaino Navarrete y Polaino Orts, la controversia entre ontologismo y normativismo debe ser relativizada, ello porque únicamente abre la puerta a enconadas polémicas que poco o nada aportan a la solución de la problemática jurídico-penal (Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. “COMETER DELITOS CON PALABRAS. TEORÍA DE LOS ACTOS DE HABLA Y FUNCIONALISMO JURÍDICO-PENAL”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 33).

Bruera: "... se expresa el recurrente debate que ha atravesado siempre el desarrollo de la teoría del delito según los distintos paradigmas filosóficos a partir de los cuales se construye la misma, a saber: la concepción naturalística u ontologicista y la concepción normativista o valorativa".¹⁵²

Este vaivén, por ejemplo, se aprecia en la clasificación que realiza Schünemann en torno a las grandes etapas que ha atravesado la dogmática penal (alemana) desde 1871¹⁵³ (haciendo mención que la discusión en torno a una fundamentación empírico-ontológica o normativa del Derecho penal, que aparece en variadas formas, no ha sido de ninguna manera decidida en forma definitiva a favor del normativismo, sino resurge una y otra vez).

La corriente filosófica denominada: *ontologismo*, postula que existen realidades previas, que el legislador no puede obviar. Son realidades ónticas que tienen además la trascendencia, sobre todo en el ámbito de la acción. Así esta corriente, empieza a desarrollarse en Alemania en la década del 30' del Siglo XX; en el resto de los países desde los 40-60 de la citada centuria.¹⁵⁴

Al respecto, el evento criminal que importa ahora, al trabajarse con el Derecho penal, emerge desde un sujeto con adhesiones a motivos (razones explicativas) y finalidades (razones justificativas) en su acción e impacta al mundo de los hechos, y entonces su análisis desde el Derecho exige normas jurídicas descriptivas de esto último, pero con subyacencias –semantizadas o no– de evidente subjetividad; y en su construcción no

152 BRUERA, Matilde. "TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Derechos humanos*, Editorial Juris, Rosario, 2001, p. 79.

153 Estas etapas son: el naturalismo, el neokantismo, la perspectiva totalizadora, el finalismo y el funcionalismo. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd "EL SISTEMA MODERNO...", Ob. Cit., pp. 43-77.

154 En la acción, que es el elemento decisivo, donde se produce el cambio más notable, se considera que los causalistas dan más importancia a la producción del resultado, dicen que se olvidan de algo importante y además que viene impuesto por la naturaleza de las cosas, y es que el hombre se mueve por la finalidad. En esta escuela es más importante el fenómeno subjetivo que el resultado que va a producir. Es importante el fin que mueve el sujeto para realizar algo. La acción está integrada siempre por la intención del sujeto. Es la voluntad o intención del sujeto. Los siguientes elementos que siempre van referidos a la acción, afectan no solo a la parte externa de la conducta, sino también a la finalidad de la acción. Hablamos de la Tipicidad y Antijuricidad. La acción es típicamente antijurídica. La acción es Dolosa: cuando el sujeto persigue una acción con voluntad, partiendo de una finalidad. Y es Imprudente cuando el sujeto infringe para realizarla, cuando no ha tenido el cuidado debido. En los dos casos se trata de la realización de los elementos objetivos del Tipo. Son dos tipos de Injusto. La culpa es otro de los Tipos de Injusto. La Antijuricidad queda igualmente apartada por las causas de justificación. En la Culpabilidad nos queda la imputabilidad, el conocimiento de la Antijuricidad. La culpabilidad es igual al reprochamiento, se le puede reprochar al sujeto. Existen también las causas que excluyen la culpabilidad, al igual que en la Teoría Causalista. Sobre el ontologismo, véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "LA RELACIÓN ENTRE ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, Págs. 654 y sgts.

bastaría atender sólo las estructuras lógico-objetivas de Welzel o la “naturaleza de la cosa” revisada en Radbruch para atender límites negativos al legislador, pues se caería en un aislado ontologismo que puede perderse en el análisis jurídico.¹⁵⁵

Frente a ello, se ha levantado una metodología que parte de la idea que a través de conceptos normativos puede entenderse y dotar de contenido a las categorías que trabaja la teoría del delito. Este método de estudio se le conoce como: normativismo. Así, el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito.

Sin embargo, este método de trabajo no implica una desconexión con la estructura real de una sociedad determinada, así como, del material fáctico que será el objeto a valorar normativamente.¹⁵⁶

En efecto, superadas las corrientes ontológicas de la teoría del delito que abogan por la asunción de los conceptos tal y como se encuentran en el mundo del ser, aparece la teoría normativista en la que los conceptos del Derecho Penal se normativizan –de allí su nombre– según los fines y funciones que tenga el mismo dentro de la sociedad. Así entonces, la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse dentro de la sociedad cuya identidad normativa busca proteger. El derecho aparece dentro de la misma como un sistema que, como todos, busca reducir la complejidad.

Al respecto, Cuello Contreras apunta que: *“Desde la perspectiva del autor, el ordenamiento jurídico, sin perder la objetividad que le caracteriza, no puede pensarse del mismo modo que desde la perspectiva objetiva anterior. Siendo precisamente esta circunstancia la que sin duda determinó la eclosión de la doctrina finalista frente al causalismo en la época del naturalismo. Lo que ocurre ahora en la época del normativismo, es que, sin caer en el naturalismo, debe partirse de la premisa según la cual el destinatario de la norma jurídica sólo puede motivarse a respetarla de una determinada manera que no prescinda de las características del comportamiento humano, como el acto psíquico, que pueden parecer una secuela a superar por parte del puro normativismo, empeñado en no tener en cuenta esa exigencia”*.¹⁵⁷

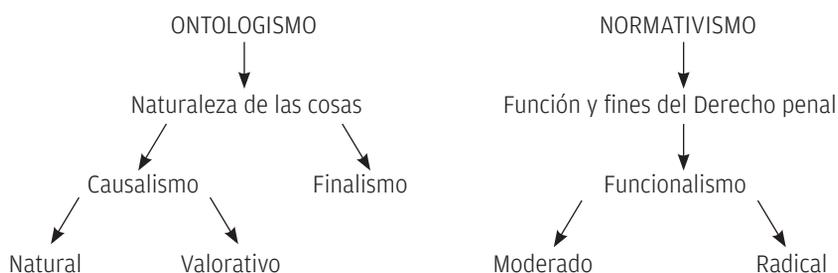
155 GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. “DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO”, INACIPE, México, 2008, p. 14.

156 Como indica René González que tampoco superaría el problema una enteca objetividad normativa para explicar y comprender el fenómeno criminal e imputarlo por razón legal, que no sabe mirar esas adhesiones mentales aludidas y sólo se funda en un dictado político. Y esto último es lo “novedoso” de las teorías teleológico-funcionales o de funcionalidad radical en el estudio del Derecho penal contemporáneo. Cfr. GONZÁLES, René. Ob. Cit., p. 15.

157 CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “FUNDAMENTOS PARA UN SISTEMA LÓGICO-FUNCIONAL DE DERECHO PENAL. MÁS ALLÁ DEL ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO”. En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 08, 2006, p. 01.

Ahora bien, en los últimos tiempos se ha producido un extraordinario auge del normativismo. Tanto en el sistema teleológico-valorativo de Roxin, que enlaza con la dogmática basada en la filosofía jurídica neokantiana de la escuela sud - occidental alemana, o filosofía de los valores, como en el funcionalismo de Jakobs, basado en la teoría social sistémica, sobretudo de Luhmann, aunque en él se observa una influencia creciente del pensamiento de Hegel, no solo se niega la vinculación del Derecho penal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, señalada por Welzel, sino que, en el caso del funcionalismo sistémico de Jakobs se niega todo condicionamiento de los conceptos jurídicos por datos fácticos.¹⁵⁸

ESQUEMA



4.2.2 LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO. CORRIENTES JURÍDICO-PENALES

El objeto y en especial el contenido de la teoría del delito no han sido siempre los mismos; máxime si pasamos revista a la dogmática alemana –en concreto, la elaborada a partir de la segunda mitad del siglo pasado– encontramos una serie de corrientes, que en su momento originó la denominada *lucha de escuelas*.

En ese sentido, revisaremos las diversas escuelas jurídico-penales en Alemania, pero también en otros países como España e Italia.

158 Cfr. CEREZO MIR, José. "ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN EL FINALISMO DE LOS AÑOS CINCUENTA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 2004, Pág. 101. Cabe precisas que, para el jurista español, lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico-objetivas (Pág. 101).

4.2.2.1 ALEMANIA

La teoría del delito, en el sentido que nosotros la estudiamos, es el fruto, sobre todo, de la elaboración doctrinaria llevada a cabo por los juristas alemanes. Su influencia se extiende, por un lado, a gran parte de los sistemas penales pertenecientes al derecho europeo continental, salvo la excepción notable de Francia y, por otro, a los sistemas penales de los países latinoamericanos, surgidos de los movimientos de independencia de la colonización española y portuguesa. En el caso de los países hispanohablantes, la recepción de las concepciones alemanas ha tenido lugar por intermedio de los juristas españoles y, en las últimas décadas, también de manera directa debido al progresivo aumento de juristas latinoamericanos que realizan estudios en Alemania. Debido a esta influencia, nuestro análisis tiene por objeto la teoría del delito marcada por la influencia germánica.¹⁵⁹

A. TEORÍA CAUSALISTA

Con la separación entre injusto y culpabilidad a finales del Siglo XIX, esta orientación sistemática se desarrolló con el apoyo de Binding, Merkel, Liszt y Beling, principalmente, constituyéndose en dominante para la época por su estructura clara, didáctica y sencilla. Dos factores influyeron para que ello fuera posible: uno científico derivado de la influencia del Positivismo en el ámbito del Derecho penal, que se tradujo en un *normativismo* (dogmática del derecho penal) y en un naturalismo (*criminología*), además de lo que entonces se denominaba *política criminal*, de donde surgió la *ciencia total del derecho penal*;¹⁶⁰ y otro político, constituido por la crisis del Estado liberal clásico y su sustitución por el liberal intervencionista, lo cual se reflejó en el campo jurídico con la postulación de un derecho penal de prevención efectiva, encaminado a la defensa social, y no de meras garantías como hasta entonces.¹⁶¹

Ello condujo al entendimiento de las diversas categorías del esquema del hecho punible, acorde con contenidos muy concretos. En efecto, la *acción* (I) concebida

159 Cfr. HURTADO POZO, José. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 368.

160 De similar opinión es Serrano-Piedecasas, quien señala que, dejando de lado las manifestaciones de la dogmática propias de la Ilustración, nos encontramos con tres grandes corrientes metodológicas: la formalista o positivista, en la que se encuentra asiento el causalismo, la neokantiana y la finalista producto, esta última, de una concepción fenomenológica. El modelo neokantiano modifica el enfoque puramente jurídico-formal propio del positivismo jurídico causalista, introduciendo consideraciones axiológicas que llegarán a su pleno desarrollo con el funcionalismo moderado de Roxin. A su vez, las corrientes de pensamiento formal causalista y la finalista construyen su dogmática sin salirse del terreno ontológico (Cfr. SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Ob. Cit., p. 678).

161 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 324.

como *movimiento corporal voluntarios* (Beling) o *voluntad humana encaminada a realizar una modificación en el mundo exterior* (Liszt), servía para excluir del derecho penal los fenómenos naturales, el comportamiento de los animales y algunos actos humanos que no estaban gobernados por la voluntad, por ello, si la acción equivalía a una *inervación muscular*, una conducta como la de injuriar se explicaba como la producción y desplazamiento de ondas sonoras que, partiendo de la laringe del autor del hecho, se desplazaban hasta el oído del receptor. Se formuló, pues, un *concepto natural de acción*, puramente mecánico, que respondía muy bien a los dictados del positivismo.

El *tipo penal*, que ya se distinguía de la *tipicidad* (II) (o conformidad con el tipo respectivo), se entendía como una figura objetivo-descriptiva compuesta de elementos externos o descriptivos como, por ejemplo, el *bien* en el hurto, el *matar* en el homicidio, la calidad de *documento* en la falsedad, etc., que, por supuesto, no siempre eran descriptivos, como se demostraría luego; y servía como medio para realizar una descripción exacta de las acciones punibles en la ley. El entendimiento del tipo penal como un concepto puramente objetivo, bajo el influjo positivista, permitió entonces, proyectar la tipicidad como una categoría resultante de la emisión de un juicio que se limitaba a comparar la conducta realizada con los caracteres plasmados por el legislador en la ley.

La *antijuridicidad* (III) entendida como un juicio normativo sobre la realización de la conducta típica, era la contradicción formal con el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal), en lo que se evidenciaba también la influencia del positivismo, pues la tipicidad aparecía como indicio de antijuridicidad, la cual solo podía ser desvirtuada mediante la prueba de una causal de justificación.

Finalmente, la *culpabilidad* (IV) era el estrato o categoría que reunía todos los procesos espirituales y psíquicos que se desarrollaban en el interior del autor, concibiéndose la *imputabilidad* como un presupuesto de aquella –debía ser tratada antes–; y el dolo y la culpa como “formas” o “especies”, mientras el estado de necesidad era mirado como una causal excluyente de esta categoría. A su turno, el conocimiento por parte del agente de la antijuridicidad de su hacer, se entendía a veces como un componente de la culpabilidad dolosa (Beling), mientras que otros lo rechazaban (Liszt).

A manera de conclusión, puede afirmarse que esta sistemática del hecho punible pretendió excluir todo tipo de valoración del campo jurídico reduciendo el delito a un agregado de dos relaciones o nexos: una causal (injusto: lo objetivo) y otra psicológica (la culpabilidad: lo subjetivo).¹⁶²

162 Cfr. GOSSEL, Karl Heinz. “DOS ESTUDIOS SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO”, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 05.

CAUSALISMO CLÁSICO O NATURALISTA		
Ciencias Naturales / Positivismo: Acción causal: movimiento corporal voluntario- relación de causalidad		
TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD
Objetiva Descriptiva	Objetiva Valorativa	Psicológica Formas: dolo y culpa La imputabilidad es un presupuesto Conocimiento de la ilicitud

B. TEORÍA NEOCAUSALISTA

Las críticas a la dogmática clásica, provinieron de la consideración preponderantemente teleológica del injusto y del tipo penal, así como, del creciente influjo de la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana en la teoría del delito. Al acentuarse la transformación de los elementos *formas descriptivos* en elementos *materiales normativos*, se llenó la fisura entre tipicidad y antijuridicidad, de un lado, y se hizo cada vez menos y fija la separación entre injusto y culpabilidad, del otro.¹⁶³

En el sistema neo-causalista o causalista de corte valorativo o neokantismo jurídico, también pretendía construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció una inconsistencia en su sistemática,¹⁶⁴ porque concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la esencia de las omisiones que interesarían al Derecho penal, que como es afirmado en la actualidad, en la omisión hay una total ausencia de causalidad.

La *acción* (I), naturalísticamente entendida por los clásicos, fue duramente criticada, pues no compaginaba con un derecho penal referido a valores; por ello se acuñaron otros conceptos, afirmándose que era un *comportamiento voluntario* (Hippel) o la *realización de la voluntad* (M. E. Mayer) o, en fin, un *comportamiento humano* (Mezger).

A su turno, la *tipicidad* (II) también fue sucedida gracias al *descubrimiento* de la existencia de elementos normativos y subjetivos en el tipo penal que no podían ser, en con-

163 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "DERECHO PENAL FUNDAMENTAL", Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 244.

164 Si bien se le reconoce al neokantismo que sustituyó el método puramente jurídico-formal del positivismo-naturalista, introduciendo consideraciones axiológicas y materiales, también hay que reconocer que no trajo consigo un cambio en lo relativo al *objeto* de la ciencia dogmática del Derecho penal, es decir, el neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista de Derecho de la fase anterior, convirtiéndose en una teoría complementaria del positivismo jurídico. Para Silva Sánchez, el neokantismo jurídico, además no consiguió desprenderse de su integración con la perspectiva naturalística que estima consustancial a la realidad la idea de causalidad (Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN...", Ob. Cit., p. 55).

secuencia, asignados a la culpabilidad, por ser su lugar el *injusto típico*, como empezó a decirse en el lenguaje de entonces, gracias a los responsables de este logro: Mezger y Nagler.

La *antijuridicidad* (III) tampoco podía ser concebida ya desde el punto de vista formal como una mera oposición a la norma jurídica; ahora, de la finalidad de los tipos penales se deduce esta categoría, entendida en sentido material como *dañosidad social*. Por ello pudo afirmarse que este elemento cumplía un papel protagónico (predominante) dentro del injusto, mientras que el tipo penal quedaba convertido en un instrumento auxiliar de aquella y, por ende, la nota de la tipicidad pasaba a un segundo plano, debido a esta prioridad se habla hoy no de la tipicidad sino del *tipo de injusto o injusto típico* (Sauer),

Asimismo, la *culpabilidad* (IV) se vio también sometida a profundas modificaciones, pues se postuló que debía entenderse desde un punto de vista normativo y, por tanto, para poder emitir un juicio sobre el injusto cometido era indispensable precisar si el mismo le era *reprochable* al agente; culpabilidad era, pues, *reprochabilidad*.

En suma, el concepto neoclásico supone una crítica a la sistemática clásica y una propuesta de reforma a esta, concibiendo el *injusto* de forma predominantemente objetiva y la *culpabilidad* como un elemento subjetivo referido a lo normativo.

CAUSALISMO VALORATIVO		
Neokantismo: el sujeto a conocer crea el objeto a través del valor		
Tipo de lo injusto: La acción es normativa-causal		
TIPO	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD
Descriptivo Normativo Contiene algunos elementos subjetivos	Objetivo Algunos elementos subjetivos Valorativa (dañosidad social)	Subjetiva Normativa Dolo y culpa son sus elementos Conocimiento de la ilicitud (reprochabilidad)

C. TEORÍA FINALISTA

El rechazo a la escisión de la voluntad con su contenido fue una de las consecuencias derivadas del finalismo. Para esta corriente, no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular, lo que conduciría a un rechazable relativismo y subjetivismo; más bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógicas-objetivas, y a partir de ahí, concluir cuál es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales. El método seguido –una vez sentadas las premisas ontológicas– será de naturaleza deductiva-abstracta.¹⁶⁵

165 Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. “APROXIMACIÓN...”, Ob. Cit., p. 60.

Sin embargo, lo que se discute del finalismo es si, es uno puramente ontológico o más bien responde a ciertas premisas previas de índole normativa.

Al respecto, tenemos la posición de Laura Zúñiga, la cual, afirma que el pensamiento de *Welzel* sería uno ius-naturalista y que, el mismo, distinguía entre un Derecho natural ideal y otro existencial. *“Su pensamiento (se refiere al de Welzel) no se aparta del ius naturalismo existente en el Kantismo, sino que concibe dos derechos naturales, uno ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón y otro existencial, condicionado por la experiencia vital de la existencia”*.¹⁶⁶

Por otro lado, y crítico a posiciones como el de Laura Zúñiga y de toda aquella postura que etiquete al finalismo como un método *ontológico*, es Gracia Martín, dado que, considera como un grave error reducir al finalismo a un sistema “ontológico”, pues el finalismo –según este jurista– es un sistema fundamentalmente valorativo, aunque con la particularidad de que, a diferencia del normativismo imperante, es un sistema de normatividad objetivo y no, como aquél, uno en que la normatividad sólo es construida mediante el frágil instrumento de una intuición puramente subjetiva que opera sin el mínimo asidero material, y sólo con el impulso de la oportunidad y de lo conveniente históricamente.¹⁶⁷

Para Gracia, los fundamentos reales del método del finalismo son de carácter *sintético*, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, en virtud de su aspiración a lograr una plausible fusión de realidad y valor. Al respecto, indica lo siguiente: *“el método del finalismo consiste básicamente en que a partir de la contemplación de la función y de los fines del Derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes”*.¹⁶⁸

Asimismo, para Rueda Martín, *“el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que hace es ordenar la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (impu-*

166 Cfr. ZÚÑIGA, Laura. “POLÍTICA CRIMINAL”, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 97.

167 Al respecto, véase el prólogo realizado por Gracia Martín, al libro de su discípula: RUEDA, MARTÍN, María Ángeles. “TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN”, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 31. Asimismo, véase la total adscripción de Gracia al finalismo welzeliano, en: GRACIA MARTÍN, Luís. “PROLEGÓMENOS PARA LA LUCHA POR LA MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y PARA LA CRÍTICA DEL DISCURSO DE RESISTENCIA”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 218.

168 Cfr. GRACIA MARTÍN, Luís. “EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO REAL-NORMATIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). Nº 06-07, 2004, p. 03.

tativas) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social".¹⁶⁹

Frente a ello, hay que distinguir lo siguiente, que el punto de partida de la construcción finalista se halla en la concepción retributiva de la pena y del Derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de valores ético-sociales de la acción.¹⁷⁰ En la base de la argumentación welzeliana se halla la idea de que el Derecho no está constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el Derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla.

En esa medida, es cierto que en el origen de las cadenas argumentativas del finalismo se insertan consideraciones que no son de naturaleza estrictamente ontológica. Más ello no puede conducir a negar que lo decisivo del finalismo es que, una vez determinadas del mundo apuntado las estructuras lógico-objetivas, éstas- es decir, un criterio apriorístico y no teleológico- vinculan estrechamente a la construcción dogmática.¹⁷¹ Por ende, la lectura que pretenden dar Gracia Martín y Rueda Martín es la relación entre la esfera ontológica (del ser) con la normativa (deber ser), en donde, el primero funge como un límite a las valoraciones jurídico-penales en el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

Sin embargo, nadie duda que el pensamiento de Welzel no fue establecer límites al normativismo, sino, por el contrario, la más importante conclusión que Welzel deduce de la asignación del Derecho penal del *orden de pensar* es el *carácter final de la acción* como concepto *prejurídico*,¹⁷² una estructura lógica-objetiva a tomar en cuenta per se. Y por esta razón, ubico la noción finalista de la omisión en el ámbito del ontologismo.¹⁷³

169 Cfr. RUEDA MARTIN, María Ángeles. Ob. Cit, p. 416.

170 Cfr. GIL GIL, Alicia. "PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y FUNCIÓN ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL". En: Díez/ Romeo/Gracia/Higuera, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 10. GRACIA MARTIN, Luís. "PROLEGÓMENOS...", pp. 191 y sgts. *El mismo* "EL FINALISMO"..., Ob. Cit., p. 11.

171 Hay que afirmar que en esto se distinguía de los neokantianos, puesto que, éstos daban prioridad al método antes que al objeto, y en ese sentido, el valor que se le asigna a un objeto está dado por el razonamiento subjetivo e individual del sujeto cognoscente, el cual, emplea una razón sin condiciones apriorísticas, y por ende, relativas; en cambio, el finalismo, priorizaba el objeto antes que al método; esto es, que la realidad ya presenta un sentido, y es el sujeto cognoscente quien tiene que descubrirlo, no por razones subjetivas o individuales, sino por un razonamiento puro, de condiciones apriorísticas y universales.

172 Cfr. MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL: CONCEPTO Y MÉTODO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2002, p. 232.

173 Hirsch precisó que Welzel se opuso a una unilateral metodología normativa de la ciencia del Derecho penal, sino que, postulaba que antes de toda valoración jurídica hay que ana-

Ahora bien, en cuanto a la *acción* (I), presupuesto común de todas las formas de aparición del hecho punible (dolosas o culposas, de comisión o de omisión), se concibe como *ejercicio de actividad final* y no solamente causal, entendiendo que esta finalidad se basa en la capacidad de previsión del hombre de las consecuencias posibles de su obrar pudiendo, por tanto, proyectar fines distintos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecuencia de estos.

También la *tipicidad* (II) sufrió un vuelco muy grande derivado del hecho de que, al ubicarse el contenido de la voluntad del agente en la acción, el tipo penal pasaba a entenderse como la descripción concreta de la conducta prohibida apareciendo integrado por una parte objetivada y otra subjetiva, cuyo núcleo es el dolo; por ello, ya desde el injusto, es posible separar los delitos dolosos de los imprudentes, estableciendo modalidades especiales del delito con una diversa configuración en cada uno de los niveles de análisis de la consecuencia dogmática, sea de comisión o de omisión.

La *antijuridicidad* (III) es entendida, por un lado, como el juicio según el cual la acción típica es contraria al derecho, al orden jurídico, lo que sucede cuando no concurre ninguna causal de justificación (aspecto formal); y por otro, como dañinidad social (aspecto material), advirtiendo que los hasta entonces denominados elementos subjetivos del tipo fueron reunidos en un concepto superior: *los elementos personales del injusto*, que se contrapusieron al *desvalor de resultado* (bien jurídico) como *desvalor de la acción*.

La *culpabilidad* (IV) se plantea como un juicio de reproche formulado al autor por no haber adaptado su conducta a la norma, a pesar de que estaba en situación de hacerlo; esto es, se formula una *teoría normativa de la culpabilidad* según la cual este elemento, supuestamente, queda libre de elementos psicológicos, pues el dolo y la culpa han sido reubicados en el tipo. De aquí resulta, entonces, que el juicio de culpabilidad se reduce a una triple constatación: un juicio general sobre la capacidad de motivación del sujeto (imputabilidad); un juicio concreto sobre el carácter antijurídico del hecho (posibilidad del conocimiento del injusto); y otro juicio sobre la ausencia de alguna situación coactiva en el sujeto (la exigibilidad de la conducta adecuada).

lizar las estructuras de los fenómenos que se encuentran previamente en la realidad. Cfr. HIRSCH, Hans Joachim. "LA DISPUTA SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN Y DE LO INJUSTO, ESPECIALMENTE EN SU REFLEJO EN LA ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT". En: *Derecho penal. Obras completas*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 106.

FINALISMO		
ACCIÓN: Ejercicio de actividad final		
LO INJUSTO		
TIPO	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD
Objetivo / subjetivo Descriptivo / valorativo Dolo y culpa Elementos subjetivos distintos al dolo	Objetiva / subjetiva Valorativa	Imputabilidad Conocimiento potencial de la ilicitud Exigibilidad (reprochabilidad)

D. TEORÍA FUNCIONALISTA DE CLAUS ROXIN

Una importante tendencia en la dogmática jurídico-penal, no sólo en Alemania, sino en Europa continental como en Latinoamérica es la representada por Roxin y sus discípulos.¹⁷⁴ La propuesta del citado profesor alemán, pretende superar, desde el punto de vista metodológico, la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, de un lado; y el excesivo casuismo con el consiguiente problema de ausencia de axiomas científicos del pensamiento problemático, de otro lado.¹⁷⁵ Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar con la tajante separación entre Derecho penal y Política criminal llevada a cabo por Von Liszt hace más de un siglo. En efecto, en la medida en que la Dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista político criminal; y viceversa, remedios totalmente coherentes ofrecidos por la Política criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles.¹⁷⁶ Se postula entonces en favor de un sistema de Derecho penal abierto, esto es, sus-

174 El primer trabajo en el que ROXIN presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlín, 1970. Existe una versión en castellano: "POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL", Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco, Editorial Bosch, Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973. El desarrollo de su sistema se ha llevado a cabo a lo largo de numerosos trabajos, que concluyen actualmente en su Tratado de Derecho penal, al cual haremos constante referencia.

175 Esta idea la expresa con toda claridad MUÑOZ CONDE: "El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema" en la Introducción a la *Política criminal y sistema de Derecho penal* de ROXIN... cit.; p. 6.

176 Idem, Pág. 30.

ceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-criminal.¹⁷⁷

Se entiende, por ello, que la sistemática presentada por el profesor alemán, sigue siendo una sistemática valorativa, pero a su juicio ni el neokantismo ni el finalismo han llegado a extraer todas las consecuencias que debieran adjetivizar a su planteamiento como completo. En su opinión, *“... los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero -claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político criminales- han sido sólo realizados parcialmente, a modo de planteamiento y con el abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como «teoría dominante», aunque con muchas variantes”*.¹⁷⁸ En definitiva, se persigue en cierta medida continuar con la tarea iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales *“... por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”*.¹⁷⁹

Coherente con este planteamiento, la tesis final-racional sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de Política criminal.

En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas.¹⁸⁰

En un plano más concreto, dos son las aportaciones más notables que se han de destacar.

La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los delitos de resultado entre éste y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de relación de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación

177 Idem, Pág. 33.

178 Idem, Pág. 39.

179 Una moderna versión sobre los diferentes aspectos de la Política criminal en ROXIN, Claus. “ACERCA DEL DESARROLLO RECIENTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL”. Traducido por DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel y PEREZ MANZANO, Mercedes. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 48, Madrid, 1992, pp. 795 y sgts.

180 En este sentido SCHÜNEMANN, Bernd. “LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL SISTEMA DE DERECHO PENAL”. en: *Anuario de Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo XLIV, Madrid-España, 1991, Pág. 703.

del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud de la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta forma el recurso a categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica.

La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional-final consiste en la extensión de la “culpabilidad” a la categoría de la “responsabilidad”. A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de sí el autor individual merece la pena en razón al injusto cometido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad, es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero éste no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que ésta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la “responsabilidad” personal y jurídica del autor.

En ese orden de ideas, el “Sistema Teleológico-Político criminal” (*teleologisch-Kriminalpolitischen Systementwurf*) de Roxin parte que, el sistema del Derecho Penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea, construido atendiendo a finalidades valorativas; asimismo, las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho Penal sólo pueden ser de tipo político criminal. Frente a estas bases, Roxin elabora de la siguiente forma los elementos de la teoría del delito:¹⁸¹

- (a) Acción. Es la identidad del aspecto valorativo, la cual, encierra un fin político criminal: al valorar algo como no acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido. En esa inteligencia, Roxin define a la acción como la manifestación de la personalidad.
- (b) Tipo. En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena. El fin político criminal es la prevención general y el principio de culpabilidad (en la vertiente de exigir una responsabilidad subjetiva del autor y no objetiva).
- (c) Injusto. El juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona las colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y entrelaza todo el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.

181 Para mayores detalles véase las siguientes obras de Roxin: “Derecho Penal Parte General” Tomo I, “Autoría y Dominio del Hecho”, “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, “Dogmática Penal y Política Criminal”, entre otros.

- (d) Responsabilidad. Aquí, se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. Este elemento presenta como presupuesto a la culpabilidad del sujeto, la cual se ve sustentada por el principio de asequibilidad normativa. Por tanto, Roxin, distingue la culpabilidad de la responsabilidad.

SISTEMA TELEOLÓGICO POLÍTICO CRIMINAL DE CLAUS ROXIN			
ACCIÓN	TIPO	INJUSTO	CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD
Principio de Derecho penal de acto	Principio de legalidad	Principio de solución de conflictos sociales	Principio de asequibilidad normativa Principio de necesidad de pena
Manifestación de la personalidad	Tipo objetivo: Imputación objetiva Tipo subjetivo: dolo y culpa	Enjuicia la acción típica concreta Elemento subjetivo de justificación	Culpabilidad + necesidad preventiva = Responsabilidad

E. TEORÍA FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS

Desde el punto de vista metodológico, el autor utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann.¹⁸² Con esta concepción como punto de partida, define todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social.

En este contexto, el autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción, para inclinarse en favor de un concepto social de acción *sui generis*: *“La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias”*.¹⁸³

La definición de acción (I) tiene, a su vez, como el resto de categorías del delito, un marcado acento social, de tal forma que su contenido viene determinado en atención a su aptitud para ser susceptible de interpretación en un contexto social determi-

182 Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “APROXIMACIÓN...”, Ob. Cit., pp. 69 y sgts.

183 JAKOBS, Günther. “EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN”. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá, p. 14.

nado. Los problemas de imputación objetiva, por tanto, no se consideran dentro de la temática de la adecuación a tipo sino como una cuestión de la propia acción. De esta forma, el comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal viene considerado en atención al hecho de ser la razón originaria de un resultado.

La concepción radicalmente funcionalista del autor se muestra ya cuando define el resultado como lesión de la vigencia de la norma, esto es, entendiendo norma como criterio rector de ordenación social, como menoscabo de una determinada función social.¹⁸⁴ En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que el injusto de un delito consiste en la frustración de un rol determinado para el sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de la organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, es la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. De todo esto se deduce el por qué el autor llega a definir la acción en base a este resultado y caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma.

Son muchas las particularidades que muestra la sistemática de Jakobs, que no se pueden presentar aquí por lógicas razones. Simplemente nos vamos a limitar ahora a exponer otro punto, tan representativo como controvertido, de su planteamiento dogmático, éste que hace referencia a su concepción en materia de *culpabilidad* (II).

El autor alemán, al igual que hiciera en España Gimbernat, parte de la idea de que toda pena excesiva o desproporcionada es rechazable por inútil.

De otro lado, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás; lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación *“la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil”, o esta otra similar “el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo”*.¹⁸⁵ Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de

184 Idem, pp. 20 - 21

185 JAKOBS, Günther. “EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD”. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en mayo de 1992. Traducción de Manuel Cancio Meliá; p. 29.

ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Porque las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues ésta no pelagra si alguien pretende actuar contra las mismas. Pero ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza. En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al Derecho, o dicho en palabras que utilizaría el mismo Jakobs, la ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en qué consiste el Derecho.¹⁸⁶ La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general. Finalizamos este breve resumen intentando exponer, a estos efectos, como entiende el autor los fines de la pena.

En este punto señalado, el profesor alemán parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada con el hecho punible del autor, en cuanto que éste con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no sólo como acto psicofísico, sino como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con aquél: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento ilícito. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no sólo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad. Esto dicho se refleja en las siguientes palabras del autor: *“El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque se pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena; –en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»–”*.¹⁸⁷

186 Idem, p. 39

187 Idem, Pág. 34. En otro pasaje señala, en consonancia con lo expresado en el texto, que la prevención general no se entiende en el sentido de intimidación, sino en el de ejercicio en la confianza en el Derecho.

FUNCIONALISMO SISTÉMICO O RADICAL DE GÜNTHER JAKOBS		
ACCIÓN: Causación del resultado individualmente evitable		
TIPO DE INJUSTO	JUSTIFICACIÓN	CULPABILIDAD
Tipo objetivo: imputación objetiva del comportamiento y del resultado Tipo subjetivo: Dolo y culpa	Elementos subjetivos y normativos	Infidelidad al Derecho Tipo total de culpabilidad

4.2.2.2 LA TEORÍA DEL DELITO EN ITALIA

La tremenda lucha que se desarrolló en Italia entre la Escuela positiva y la Escuela clásica a finales del Siglo XIX y principios del XX, dio lugar a un abandono del estudio del Derecho positivo, y por consiguiente, a una ausencia de un planteamiento teórico riguroso desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, los clásicos, preocupados por cuestiones metafísicas relacionadas con el derecho natural, no llegaban a sentar las bases para elaborar una concepción sistemática y coherente con las exigencias legales presentes en la ley. De otra parte, los positivistas, especialmente interesados por el estudio de una realidad previa al Derecho, pero carentes de la preparación y conocimientos necesarios para alcanzar los progresos científicos necesarios en la pretendida superación del planteamiento clásico, tampoco consiguieron concretar sus esfuerzos en un modelo teórico válido para el Derecho penal.¹⁸⁸

Se planteaba así la necesidad de abandonar un enfrentamiento un tanto infructuoso en favor del inicio de una tarea dirigida a la creación de una auténtica Ciencia del Derecho penal. Para conseguir esta meta, el objeto debía situarse de nuevo en el derecho positivo, y el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos. Esta empresa fue iniciada por Rocco en su famoso discurso inaugural en la

188 En este sentido, MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL...", Ob. Cit., p. 188. Traemos a colación unas palabras de STAMPA BRAUN que resumen con bastante claridad las razones significadas en el texto: "Consecuencia: Que, escindido el saber punitivo latino en los dos grandes sectores de la escuela clásica y de la escuela positiva, el objeto de la ciencia del derecho penal quedó *sin determinar*; pues, en tanto que aquella, la escuela clásica, siguió afirmando la existencia de un derecho penal ideal, ésta, la escuela positiva, le redujo a una serie de datos antropológicos y sociológicos sin categoría jurídica. Así, mientras que el resto de las disciplinas jurídicas habían unificado sus mejores equipos para emprender *la reconstrucción científica del derecho positivo*, el derecho penal hubo de atravesar una larga etapa dando ciegos bandazos entre un derecho evanescente y anacrónico y una falsa sociología o antropología criminal, reducida a los esquemas de las disciplinas naturalistas. Entre tanto el derecho positivo, es decir, el verdadero objeto de la ciencia jurídico-penal, permanecía arrinconado". STAMPA BRAUN, José María. "INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL". Editorial Trotta, Valladolid, 1953, p. 111.

Universidad de Sassari en 1910.¹⁸⁹ El autor, tras criticar y rechazar las tendencias que con anterioridad habían abandonado el derecho positivo como objeto de estudio, propone reconducir a este punto la materia de la investigación aplicando el método dogmático que tanto éxito había tenido en Alemania y que ya era conocido y bien recibido en la propia Italia en otros sectores del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo del Derecho privado. No queremos entrar ahora en un examen detenido de la propuesta de Rocco en la evolución del Derecho penal, no sólo en Italia sino también en España. Simplemente se quiere destacar la importancia que ha supuesto su contribución en el desarrollo de la moderna Dogmática italiana. Ahora pues, vamos a presentar un boceto de sus tesis fundamentales.¹⁹⁰

En la tarea de construcción científica del Derecho penal, Rocco establece varios criterios fundamentales: el primero, ya señalado, incide en la necesidad de considerar el derecho positivo vigente como el objeto de la Ciencia jurídico-penal, escindiéndose así de otras posibles ciencias como la Antropología, Sociología, Sicología, la Filosofía del Derecho o la Política criminal. Partiendo de este principio, el autor italiano establecería otros dos presupuestos fundamentales. Uno, *“que la elaboración científica del derecho penal se realice, en consecuencia, con los métodos de la dogmática jurídica, para que quedase reducida a sus justos límites, es decir, a un sistema de principios de derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas”*. Otro, *“... que esta dogmática del derecho penal estuviese presidida por un sentido realista, capaz de armonizarla con las necesidades de la práctica”*.¹⁹¹

El método dogmático se desarrolla a lo largo de tres momentos en un equilibrio armónico: fase exegética, fase sistemática y fase crítica. En la primera, interpretación, se trata de investigar el sentido del derecho positivo a través del ropaje lingüístico que lo conforma. En la segunda, sistemática, se elaboran y ordenan conceptos y principios con el fin de comprobar la lógica y la coherencia de la materia ya interpretada y poder así explicar en conjunto tanto la institución como el propio sector del ordenamiento jurídico objeto de consideración. Aquí se construye el sistema. En la tercera y última fase, la crítica, se lleva a cabo una comparación entre el ser y el deber ser, es decir, entre el contenido y significado del derecho positivo ya conocido y el ideal de Derecho más ajustado a las necesidades humanas de resolver los conflictos que emergen de las relaciones individuales o colectivas en una determinada sociedad. Si aquella realidad no coincide con esta representación, el jurista tiene que proponer la reforma legal.¹⁹²

189 Este discurso, se encuentra recogido en el tercer tomo de su obra fundamental. ROCCO, Arturo. “IL PROBLEMA E IL METODO DELLA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE”. En: *Opere giuridiche*. Roma, 1933, pp. 263 y sgts.

190 Seguimos, en este punto, a STAMPA BRAUN. Ob. Cit., pp. 111 y sgts.

191 Idem, p. 112.

192 Idem, pp. 105-106.

Sin embargo, después de las ideas de Rocco, y ya en la actualidad, se observa una serie de tendencias o escuelas en la dogmática penal italiana que a continuación resumiremos.

A. LA TESIS REALISTA DE ANTOLISEI

En principio, Antolisei inicia una corriente en la que se pretende que el hecho social que constituye el sustrato de la norma jurídica sea contemplado también como parte integrante de la misma para llegar así a una aproximación más real del auténtico significado del Derecho penal. La crítica del autor se centra fundamentalmente al aspecto formalista que supuso, en la práctica, el desarrollo de las ideas de Rocco. De ahí que esta versión prefiera dar preeminencia a la realidad social sobre la que incide el precepto jurídico, antes que a la lógica deductiva que se había utilizado (y con exageración) como medio de conocimiento de ese derecho positivo. El realismo jurídico trata, de este modo, no de revolucionar el método que propugna la orientación técnico-jurídica, sino de liberar a la Dogmática de sus excesos y desviaciones que había impuesto una tendencia formalista dentro de esa orientación técnico-jurídica. El realismo de Antolisei, en consecuencia, quiere significar dos cosas: que el Derecho no puede ser concebido como pura forma, y que la Dogmática debe inspirarse en criterios pragmáticos, limitando su estudio exclusivamente a las cuestiones que sean útiles para la aplicación de ese Derecho, adoptando a tal fin un método de trabajo que redunde en explicaciones teóricas fácilmente accesibles a sus destinatarios más indicados (jueces y abogados, fundamentalmente).

El realismo jurídico de Antolisei se refleja de igual forma en la teoría jurídica del delito. Coherente con esta idea, el autor busca una concepción naturalística del delito que le lleva a negar la diferencia entre tipo y antijuridicidad. Distingue así el autor dentro del delito dos momentos fundamentales: elemento objetivo, que comprendería lo que en la doctrina se ha denominado el tipo material, es decir, todos los momentos objetivos que fundamentan la punibilidad; y elementos subjetivos, que abarcaría el ámbito de la culpabilidad, o como el mismo autor señala, la voluntad culpable. Aunque es cierto que no se puede decir que la estructura propuesta es unitaria, en ella se intenta conjugar ciertos factores irracionales, propios de la vida real, con el análisis lógico del delito. Como señala el mismo Bettiol, la sistemática bipartita de Antolisei, por vía distinta, refleja la continuación de cierto sector de la doctrina italiana que, ya desde Carrara, conformaba el delito con base en esos dos componentes: elemento objetivo y subjetivo (Manzini, Florián y Paoli).

B. EL TELEOLOGISMO DE BETTIOL

Otra importante propuesta de revisión del tecnicismo-jurídico, y desde una corriente independiente de sus presupuestos, es desarrollada por Bettiol. Su doctrina tam-

bién se dirige contra los excesos del formalismo jurídico, y especialmente, contra su método lógico-deductivo. El conocimiento del Derecho, afirmará el autor, no se puede limitar a una mera apreciación de la superficie de la materia jurídica, resultado al que conduce la mera lógica abstracta. La indagación jurídica, por tanto, tiene que entrar en la sustancia de la cosa, pues sólo así se puede captar el total significado que entraña la norma jurídica.

Propugna entonces en favor de la utilización, como criterio metodológico, de una lógica concreta, de una lógica que penetre en la naturaleza de la cosa para llegar así a comprender su génesis, su estructura y su función. El método de Bettiol pretende percibir el "alma" de la norma a través de un proceso deductivo-inductivo.

En esta línea de pensamiento, toda norma recoge un determinado contenido de valor que es expresión de ciertas pautas éticas inherentes a una determinada sociedad. Ese valor que le da "cuerpo" a la norma, es el bien jurídico que ésta protege. Pues bien, en la relación teleológica entre norma jurídica y bien jurídico se encuentra la base metodológica de Bettiol.

La concepción del autor italiano es denominada teleológica porque la comprensión del Derecho penal, la averiguación de su sentido y la misma elaboración conceptual se desarrolla a través de una actividad lógico-concreta guiada por el bien jurídico que se haya arropado en cada norma jurídica. La elaboración del concepto, instrumento indispensable del conocimiento, viene referida necesariamente a un valor, concretado en el bien jurídico. La labor del jurista debe, en consecuencia, estar polarizada por el signo del valor tutelado. A partir de esos conceptos primarios, se construiría el sistema y en este punto existen bastantes similitudes con la concepción Dogmática tradicional.

En el campo de la teoría general del delito, el autor también es consecuente con su método jurídico. El profesor italiano sigue otra corriente clásica de la doctrina de su país que desde Delitala, y por influencia germánica, lleva a cabo una clasificación tripartita del delito en hecho típico, antijurídico y culpable. Ahora bien, el momento teleológico se refleja en esta concepción del delito, y en la medida en que el ilícito representa una negación de valores relevantes en una sociedad dada, todos sus elementos se interpretan conforme a este primado normativo. El componente fundamental y primordial, lo constituye la antijuridicidad como momento de la negación del valor representado por la lesión del bien jurídico. La tipicidad es concebida como una forma técnica de descripción del hecho que lleva en su seno reflejado el interés relevante para el Derecho penal. La antijuridicidad, como señalábamos, cumple la función de determinar cuándo un hecho representa una lesión al bien jurídico tutelado. Estas dos no son categorías formales porque el bien, en sí mismo, es una noción teleológica. La culpabilidad, en fin, vendría a significar el momento a partir del cual el hecho puede ser reprochado al autor que lo ha perpetrado. El hecho, en cuanto comportamiento humano, es presupuesto constitutivo a todos estos elementos.

C. TELEOLOGISMO FUNCIONALISTA, TELEOLOGISMO VALORATIVO Y EL NUEVO REALISMO ITALIANO

Las últimas tendencias en Italia, sin embargo, ya no acentúan tanto la base tripartita o bipartita del delito, sino la estructura de los diversos componentes que la integran y su función dentro del sistema que conforman delito y pena. Se puede decir, a este respecto, que el método teleológico seguido en la elaboración conceptual del Derecho penal constituye en la actualidad la tendencia predominante, especialmente cuando se toma en consideración la teoría jurídica del delito. Las corrientes teleológicas han derivado, a su vez, en dos grandes tendencias: sistemas teleológicos-funcionalistas y sistemas teleológico-valorativos. Vamos a señalar, con toda la brevedad que impone nuestra limitada investigación, algunas propuestas sistemáticas representativas de estas nuevas tendencias.

Como ejemplo paradigmático de la primera tendencia se puede mencionar la teoría del Derecho penal de Pagliaro, sistemática que se encuentra dentro de la concepción bipartita del delito pero con una peculiar estructura. El delito es descompuesto en dos momentos fundamentales: un momento de puro hecho (comprensivo de todas las características objetivas y subjetivas) y un momento teleológico de imputación de ese hecho, como ilícito, a un sujeto determinado. La teoría del delito queda así, consiguientemente, dividida en dos grandes partes: la teoría del tipo del delito y la teoría de la imputación del hecho, como ilícito, a un determinado sujeto.

Otras modernas tendencias teleológicas, ahora desde el punto de vista valorativo, intentan en Italia reconstruir la actual estructura del delito y superar la clásica problemática ceñida a la polémica de la tripartición-bipartición. Algunos autores, en esta línea de pensamiento, partiendo del principio de ofensividad como criterio rector tanto de la elaboración como también de la interpretación de la ley penal, prescinden del concepto de acción como punto de partida de la construcción del sistema y explican teóricamente sus diversos elementos desde un prisma objetivo y externo, cual es el representado por el resultado. En consecuencia, el bien jurídico ofrece siempre una pauta teleológica que determina el límite de la pena en base a la lesividad del delito y no atendiendo a meros componentes anímicos del sujeto. Es ésta la sistemática presentada por Fiorella. Claro está, que al reconocer el autor en el ámbito de las causas de justificación, además de los componentes objetivos de la ponderación de bienes jurídicos y la idoneidad de la acción para salvar el más relevante, la dirección de la voluntad del agente dirigida a tal fin (a mantener la primacía del interés más relevante), se ve obligado a ubicar, consecuentemente, esas situaciones de exclusión del injusto entre la antijuridicidad y la culpabilidad.¹⁹³

193 El autor intenta superar el modelo tripartito al reconocer, apoyándose en el derecho positivo, los elementos negativos del tipo. Pero como admite en materia de justificación elementos subjetivos, se ve obligado a incardinar los supuestos de causas de justificación entre el componente objetivo y subjetivo. Su modelo es, pues, mixto porque parte de la premisa fundamental de la bipartición pero acepta una categoría intermedia.

También en la moderna literatura italiana se puede observar la gran influencia de los principios constitucionales básicos en la teoría jurídica del delito. Esta idea está latente en el tratado de Mantovani, el cual intenta conjugar una visión realista del Derecho penal con la necesaria garantía de los principios penales fundamentales de la Dogmática moderna. A tal fin, en el ámbito metodológico acude constantemente al “banco de pruebas” que representa la Criminología para completar el examen de las categorías más importantes del sistema penal.

En esta misma posición de revisar la Dogmática tradicional en favor de un mayor acercamiento a la realidad se encuentra Bricola. Sin llegar a rechazar totalmente el criterio metodológico aportado por la dirección técnico-jurídica, crítica, sin embargo, su falsa y aparente neutralidad en su alejamiento de esa realidad de la vida social que viene representado en un excesivo formalismo jurídico. Y esto es debido a que, al ser relegada la elaboración sistemática a un proceso de análisis y clasificación de conceptos en función de su efectividad sancionatoria, se reproduce de esta forma el *status quo* punitivo que siempre alcanza a los sectores sociales más débiles.

Para superar esta situación a la que conduce la dirección dogmática clásica, el análisis y estudio de todos los conceptos e instituciones de la parte general del Derecho penal, en consecuencia, debe ser reconducido a un examen crítico acerca de su legitimidad, que en un Estado de Derecho equivale a decir legitimidad constitucional. Trasladada esta consideración a la teoría del delito, el punto de gravedad sobre el que se conforma toda su estructura va a ser el bien jurídico, puesto que en la tutela del interés jurídico reside la fundamentación de la consecuencia jurídica. El examen del bien jurídico realizado en base a criterios lógico-formales conduciría a una continua justificación de intereses ideológicos escondidos en el disfraz jurídico que favorece a un sector dominante de la sociedad. De ahí que, en una auténtica lectura democrática del objeto de tutela, éste tenga que ser reconducido a un valor reconocido constitucionalmente. Es la conocida tesis que, con el fin de vincular al máximo al legislador, determina que todos los bienes jurídicos relevantes penalmente deben ser extraídos del texto fundamental. El bien jurídico, a su vez, constituye una pauta fundamental de interpretación de todas las nociones implicadas en la teoría jurídica del delito, que queda así descubierta ante toda falacia dogmática (empleando el término en el sentido peyorativo de la palabra) y, por otra parte, se encuentra así una pauta de racionalización del sistema. La posición de este autor italiano, que también se puede considerar en alguna medida como teleológica, ha tenido gran acogida en la doctrina de su país e incluso en la nuestra.

Dentro del teleologismo valorativo italiano, existen también propuestas sistemáticas que intentan conjugar principios rectores del Derecho penal italiano con las tendencias postfinalistas alemanas. Es este el caso de la propuesta de Fiandaca-Musco, que, como ellos mismos reconocen, parte de una perspectiva metodológica teleológicamente orientada, que se inclina a construir las categorías dogmáticas teniendo en cuenta la específica función que éstas desarrollan dentro del sistema jurídico considerado. Se pretende de esta forma mantener la construcción conceptual clásica que proporciona seguridad y garantía en la

aplicación del Derecho penal sin olvidar, al mismo tiempo, que la definición de las nociones básicas del Derecho penal cumple también una importante función político-criminal.

4.2.2.3 LA TEORÍA DEL DELITO EN ESPAÑA

A. TEORÍA DE ENRIQUE GIMBERNAT

Para Gimbernat, la norma penal es fundamentalmente norma de motivación. A partir de esta consideración en relación con lo dicho en materia de consecuencia jurídica, extrae todos los presupuestos sobre los cuales estructura su teoría jurídica del delito.

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: *“... en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cual es la conducta que el legislador quiere evitar”*.¹⁹⁴ De ahí se sigue que, si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de la prohibición y, por tanto, *“el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida”*.¹⁹⁵ Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo.

Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida en que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática: *“no son causaciones de resultados –sólo constatables ex post–, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y –de esta manera– prevenir; por ello, sólo la conducta dolosa y –si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico– la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa es impune por falta de tipicidad”*.¹⁹⁶ Partiendo de este concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo.¹⁹⁷

194 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “ESTUDIOS DE DERECHO PENAL”, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 94.

195 Idem, p. 95.

196 Idem, pp. 97 y 98.

197 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “INTRODUCCIÓN A LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL”. Madrid, 1979, p. 34.

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquéllo que el Derecho desea prohibir *erga omnes*. De ahí que los supuestos de inexigibilidad, que no son amenazados con pena, no porque ésta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación.¹⁹⁸ El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención general y especial en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida en que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma a través de su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por ésta.¹⁹⁹

B. TEORÍA DE GÓMEZ BENITEZ

En principio, Gómez Benítez supera las barreras del finalismo, sustituyendo el concepto ontológico de acción final, como piedra angular de la teoría del delito, por el concepto de tipicidad. Esta idea, claro está, no es nueva, pues se haya muy extendida entre la doctrina. Lo que sí representa una novedad en la sistemática española es la consideración del tipo fundamentalmente en base a la imputación objetiva de una acción y, ocasionalmente, de un resultado, descrito por la ley, a un determinado autor.²⁰⁰ Por imputación objetiva se entiende en este caso, la pertenencia objetiva de un hecho descrito en el tipo a su autor. El autor, de esta forma, es el objeto fundamental de referencia de la imputación objetiva, no la acción, “*y actúa típicamente toda persona (autor despersonalizado) que realiza de forma objetivamente imputable la descripción típica*”.²⁰¹ De este modo se afirma también que el dolo no forma parte de la acción sino de la tipicidad, en tanto que dota a la misma de específica significación social. Se acepta así el concepto personal de injusto, pero no la acción final como concepto ontológico y fundamental de la teoría jurídica del ilícito.²⁰²

198 GIMBERNAR ORDEIG, Enrique. “ESTUDIOS...”, Ob. Cit., pp. 116 y sgts.

199 Idem, pp. 114 y sgts.

200 GOMEZ BENITEZ, José Manuel. “TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pp. 92 y sgts.

201 Idem, p. 93.

202 Idem, p. 94.

En efecto, junto a la realización de los elementos objetivos del tipo por parte del autor, se van a reconocer, ya en el injusto, una serie de condiciones relativas al ánimo, finalidad y tendencia del sujeto activo que dotan a esa realización del tipo objetivo de una significación personal, lo que pone de manifiesto que el hecho *“no aparece ya como acontecer causal objetivamente probable, sino, además, como obra de una persona que ha conocido y querido su realización, e incluso, con un ánimo específico, en determinados supuestos, o con una componente tendencial en el sujeto”*.²⁰³ De esta forma se explica, en unión a la teoría de la motivación de la norma penal en relación con la prevención general, una consecuencia coherente con el planteamiento inicial: el desvalor de la acción constituye el fundamento esencial de toda su sistemática. También se comprende ahora que la razón de punición de la tentativa y de la frustración se encuentre en la generación *ex ante* de un peligro para el bien jurídico *“pero este peligro hay que entenderlo en un doble sentido: como posibilidad ex ante de que se produjese el resultado típico, y como posibilidad de perjuicio de los intereses preventivos generales de la norma, es decir, como perjuicio de la función motivadora a la no comisión de delitos que cumple la norma penal prohibitiva, por su mera existencia dotada de capacidad de ser aplicada”*.²⁰⁴ De esta forma, el desvalor del resultado queda relegado a un segundo plano.

En el ámbito de la culpabilidad, en fin, el autor adopta la misma estructura que Gimbernat dado que parte de la misma fundamentación,²⁰⁵ si bien es cierto que en varios pasajes de sus trabajos postula en favor de la desaparición de la diferencia entre aquella y el injusto, consecuencia totalmente consecuente en una sistemática estructurada básicamente en torno a elementos personales y subjetivos.

4.3 LA TEORÍA DEL DELITO INTEGRADA EN LA TEORÍA DEL CASO

Cada vez que uno ingresa a la literatura anglosajona de la teoría del caso o el pensamiento de aquellos escritores que, sin operar dentro del sistema jurídico anglosajón, analizan la teoría del caso adoptando los comentarios de los que si trabajan en el citado sistema jurídico, observamos comentarios tales como: *“no es una teoría o modelo epistemológico, sino la presentación de la versión de los hechos que realiza cada una de las partes”*; *“se debe tener en cuenta que a través del examen de la prueba se podrá fortalecer o debilitar nuestro caso”*.

203 Idem, p. 205.

204 Idem, p. 258. El autor citado mantiene también planteamientos funcionalistas cercanos a ROXIN en el ámbito de la justificación, pues ésta es concebida dentro del marco donde se deben proporcionar soluciones adecuadas a determinados conflictos sociales.

205 Idem, pp. 449 y sgts.

En esa inteligencia, en el pensamiento anglosajón o de aquellos que se ven influenciados por el primero: “*presentación*” y “*prueba*” son los dos pilares que condicionan el éxito o fracaso del caso.

En ese orden de ideas, es común que, si nos encontramos con un instructor o docente, que cree que una buena presentación y un adecuado examen probatorio, por ejemplo, en la audiencia del juicio oral, son las claves para el éxito del caso, desarrollará su clase apuntando a temas como la expresión corporal, el timbre de voz y las gesticulaciones; asimismo, trabajará con una serie de supuestos de examen o contraexamen de testigos y peritos, elaborando desde las más comunes hasta las más insólitas de las situaciones –por no decir, bromistas, ridículas o bochornosas– en el entendido de evitar que el alumno o participante yerre a la hora de examinar la prueba, perjudicando así su teoría del caso.

Aquel instructor preferirá convertir su salón de clases en un espectáculo circense, al mejor estilo del “Cirque du Soleil”, so pretexto de que ello es su estilo de trabajo ante los tribunales, que le ha rendido éxito y que no necesariamente los participantes lo deban de imitar.

Lo cierto es que, el trasladar el circo a un salón de clases de Facultad de Derecho, o bien a un curso de diplomado, seminario, fórum o taller puede ser entendido como una opción, si se le puede llamar así, didáctica del instructor, a fin que no pierda la atención de su público ante tediosas elucubraciones teóricas. Pero, de allí a pensar que la teoría del caso depende de malabarismos o que en un ambiente de Tribunal trabajaremos como directores circenses y que el Juez, los abogados participantes y el público en general están asistiendo a una audiencia de juicio oral en el entendido que han pagado para ver un espectáculo o show es la peor de las ridiculeces que nos podemos imaginar.

Tan errado es como pensar que aprenderemos de las películas de Hollywood como trabajar, con eficiencia, nuestra teoría del caso en la audiencia de debate oral. El instructor que le aconseja ver esa clase de películas a sus alumnos simplemente ha errado el camino de la enseñanza y no es capaz de generar conocimiento a partir de la propia y enriquecedora realidad.²⁰⁶

Lo cierto es que, por lo menos de aquellas que han sido transmitidas por los medios de comunicación social, las audiencias en los juzgados o tribunales de corte anglosajón, distan de ser un show al propio estilo de “Benny Hill”;²⁰⁷ y las personas que

206 Si ya es triste observar espectáculos en el salón de clases, buscando entre los participantes a alguien que pueda ser objeto de burlas so pretexto de construir un ejemplo claro y entendible del tema; peor es, si al final de la sesión, el show ni siquiera sirvió para desarrollar principios o reglas, el abordar alguna teoría, el examinar determinada decisión judicial o construcción normativa. Si el participante no salió para nada enriquecido en la dogmática jurídica, consideramos que el instructor debe revisar no solamente su metodología de clase sino qué cosa les quiere transmitir a los estudiantes.

207 Que no falte un abogado improvisado o indocto en el proceso penal es una situación existente hasta esperable; y que ello origine que su participación sea objeto de las más encendi-

allí ingresan asumen sus roles procesales, no apegadas al guión de una película, sino al Derecho –y esa misma responsabilidad lo asumen aún aquellos instructores que cuando están impartiendo sus clases se ponen el traje de payasos.

Lo más triste es que ello ha originado que un sector de la academia, por lo menos, latinoamericana, objete la seriedad y utilidad de la teoría del caso; argumentando que los hispanohablantes conocemos y trabajamos con una herramienta conceptual de base científicas como es la teoría del delito, no teniendo cabida la primera de las teorías mencionadas en la segunda.

Ante tal escenario, nuestra propuesta es que el éxito del caso no depende solamente de la manera como se lo presenta y acredita, sino que la eficacia del mismo está condicionada, incluso, desde la forma como ha sido construido el caso –primer paso de nuestro esquema de teoría del caso. Recordando, que esta construcción implica: (a) la elaboración de los enunciados fácticos, (b) la selección de la teoría del delito a aplicar, (c) la subsunción de los enunciados fácticos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada, y (d) el material probatorio.

Ya con la elaboración de los enunciados fácticos, que comentamos en el capítulo anterior, existe una serie de reglas que han surgido tanto de la praxis, pero también de la teoría, de aquel modelo epistemológico denominado objetivista-crítico que hicimos comentario al inicio de este libro.

Pero allí no acaba nuestra labor de perito constructor, el segundo paso consiste en seleccionar la teoría del delito a aplicar; es decir, que el éxito o fracaso de nuestro caso depende, además, de cómo hemos venido operando con las categorías normativas del concepto material de delito que hicimos alusión en los apartados anteriores del presente capítulo.

Es decir, si los enunciados fácticos requieren del material probatorio para verificar su veracidad o falsedad –implicando, eso sí, técnicas y estrategias para el examen y contraexamen de los órganos de prueba– ello no impide el afirmar que ambos deben de tener una referencia normativa: *recordemos que los hechos, presentados como enunciados, sólo tienen relevancia para el caso cuando presentan una identidad normativa.*

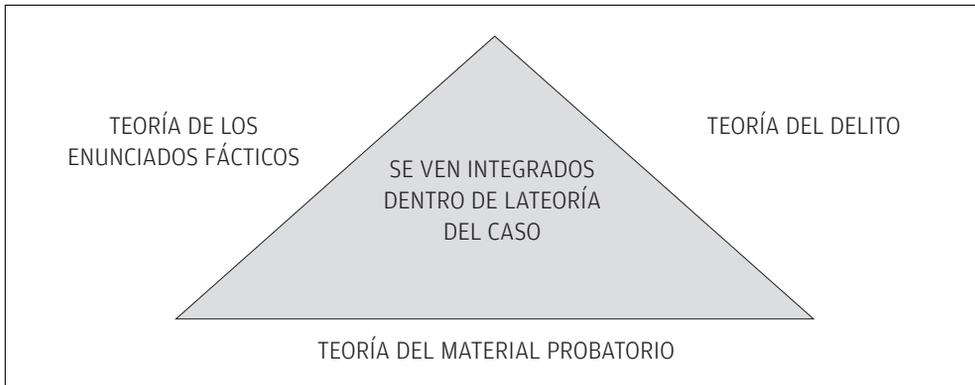
En efecto, supongamos que el Ministerio Público tenga sus testigos quienes observaron como el procesado golpeaba a quien hora funge como víctima; y a través del respectivo interrogatorio, esa información llegará a conocimiento del juez. Pero, si ello, presenta una identidad normativa con la figura de la legítima defensa, entonces un adecuado caso no será aquel que se funde en la responsabilidad del procesado, dado que, la citada figura opera como excluyente y no como constitutiva de delito.

O bien, si los enunciados fácticos denotan que un descendiente le quitó la vida a su ascendiente, y si a ello aunamos juicios valorativos como el dolo, se concluye una

das críticas y burlas es una consecuencia hasta lógica; pero de allí a convertirlo en paradigma de litigante sería, por lo menos para su servidor, una situación inimaginable.

relevancia normativa de los hechos al encuadrar los mismos en la figura típica del homicidio cualificado –que en algunas legislaciones han autonomizado con la figura del parricidio. En ese sentido, la teoría del caso integra los enunciados fácticos con las notas esenciales del ilícito penal, a través de juicios normativos-valorativos.

Es en este escenario, donde cobra importancia el manejo de la teoría del delito, dado que, nos permitirá conocer aquellas figuras que adjetivizan una conducta como delictuosa, la presencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como, el contenido de aquellas categorías que excluyen el carácter delictuoso de un comportamiento.



En suma, los enunciados fácticos que vamos a probar deben guardar una relevancia normativa que permita la resolución del conflicto de intereses; esta relevancia la encontramos en función a un tipo de relación, subsunción o correspondencia con algunas de las categorías normativas que nos ofrece la teoría del delito.

En ese sentido, la relevancia normativa que genera la teoría del delito con los enunciados fácticos puede originar las siguientes relaciones:

Enunciados fácticos → Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad → Relación constitutiva de delito

Enunciados fácticos → Atenuantes y/o agravantes → Relación modificativa de la responsabilidad penal

Enunciados fácticos → Causales que eliminan la conducta, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad → Relación excluyente de delito

A la hora de construir mi caso debo de conocer cada una de estas categorías normativas, para que, en un siguiente paso, descubra qué tipo de relación genera las mismas con los enunciados fácticos que he elaborado.

Por eso, se puede afirmar que la teoría del delito se ve integrada en la teoría del caso, dado que, permitirá que el profesional en el Derecho conozca e identifique las relaciones o identidades normativas de los enunciados fácticos; es decir, la relevancia jurídica –en concreto para el Derecho penal– de los hechos.

Esta integración le dota de la científicidad y rigurosidad académica a la teoría del caso; pasando de un espectáculo de marionetas al empleo de categorías normativas que nos permitirán establecer la presencia o no de un hecho punible, así como, la existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Ello, sin perjuicio de mencionar que la solidez científica de la teoría del caso también se ve aunada con las herramientas que nos brindan tanto la teoría de los enunciados fácticos, así como la teoría del material probatorio —esta última también es importante porque, si contamos con los respectivos enunciados fácticos, que a su vez guardan una correspondencia con determinadas figuras de la teoría del delito, de nada nos servirán si no logramos incorporar al proceso el material de prueba idóneo, pertinente y en su conjunto suficiente para lograr nuestro cometido de veracidad de nuestros enunciados; y, una vez admitidos, lograr un examen o contraexamen de los órganos de prueba eficaz para el logro del citado cometido.

RECUERDA

La rigurosidad de la teoría del caso y su éxito en el campo forense dependen de la integración en su seno, así como, del buen manejo de las herramientas que nos brindan tanto la teoría de los enunciados fácticos, la teoría del delito y la teoría del material probatorio.

4.4 EL SEGUNDO ASPECTO A CONSIDERAR EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO ES LA SELECCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

Establecido nuestra propuesta de contenido de la teoría del caso, donde se ve integrada la teoría del delito, y continuando con nuestra tabla elaborada en el apartado 3.3 del presente libro, se puede afirmar que: el segundo paso en la tarea de construcción del caso es la selección de la teoría del delito a aplicar.

En esa inteligencia, el profesional en el Derecho deberá manejar las categorías normativas que conforman el concepto material de delito, incluyendo las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como los excluyentes o eximentes.

Ahora bien, este manejo importa la selección de una construcción dogmática del delito, como las señaladas en los puntos anteriores de este capítulo; esto es, elegir el esquema causalista, finalista o funcionalista, por ejemplo. Asimismo, esta selección implica el conocer el contenido de la corriente elegida, sus presupuestos, la línea de construcción que adopta en torno al hecho punible, las consecuencias que origina tal toma de postura, etc.; sin mezclar o confundir con los aportes dados por otra escuela jurídico-penal.

En esa inteligencia, cómo seleccionar la teoría del delito más adecuado al caso que estamos construyendo.

Al respecto, no podemos imponer un esquema conceptual del delito, pero sí formular algunas recomendaciones que ayude al lector a la hora de afrontar la tarea de seleccionar la teoría del delito que va a aplicar. Así tenemos:

1. Tome en cuenta aquella corriente dogmática que ofrezca explicaciones aplicables en nuestro Derecho positivo. Ello, no descalifica a las escuelas extranjeras como la germana, que como indica van Weezel, sus ideas no deberían ser eliminadas o sesgadas por referirse a una realidad diferente a la latina, sino integrarlas.²⁰⁸ Pero tampoco podemos arribar al otro extremo de recibir las escuelas de pensamiento foráneas sin un mínimo juicio crítico en torno a la coherencia de sus postulados, la razonabilidad y su grado de aplicación en entornos socio-jurídicos distintos a aquel que le dio origen.
2. Tome en cuenta aquella corriente dogmática que cuente con respaldo de la comunidad académica. Ello es una garantía de actualizable respaldo científico; y se dice actualizable en la medida que en el tiempo en el que se pretende aplicar la corriente dogmática la comunidad científica lo venga o continúe respaldando. Ahora bien, ello no se puede medir, exclusivamente, con criterios cuantitativos, sino tiene como baremo la aceptación académica de que aquella escuela viene aportando soluciones rigurosas a los problemas que plantea el sistema jurídico; que no es, en términos de la teoría de las revoluciones científicas de Kuhn, un paradigma incapaz de solucionar los actuales problemas y que requiere su revisión con fines de sustitución científica.
3. Tome en cuenta aquella corriente dogmática que conozca y domine mejor. No siempre el seguir la escuela que está de moda es el mejor de los caminos, máxime si el aplicador no tiene un grado de conocimiento óptimo e idóneo de la misma; caso contrario, caería en el riesgo de aplicaciones sesgadas o incompletas de la corriente dogmática seleccionada. Asimismo, lo ideal es que ese nivel de conocimiento en torno a la escuela jurídico-penal a emplear también lo presente el juzgador, quien por último será el responsable de canalizar la información que recibirá y de emitir decisiones razonables.

Estas tres recomendaciones no son excluyentes sino concurrentes; es decir, seleccionar aquella escuela jurídico-penal que nos brinde un mejor arsenal interpretativo de nuestro Derecho positivo²⁰⁹ y que al mismo tiempo detente respaldo, en la actualidad, en la comunidad académica –incluyendo a los Tribunales de Justicia. Todo ello, sin me-

208 WEEZEL, Alex Van. “¿POR QUÉ NO CITAMOS MÁS (POR EJEMPLO, A LOS ALEMANES)? RÉPLICA A J.P. MATUS”. En: *Política Criminal*, N° 06, Santiago, 2008, p. 5.

209 Solamente queremos resaltar la equivocada expresión de que el Código penal es causalista o finalista; ello es un error de apreciación, dado que, las citadas corrientes son escuelas de interpretación del Derecho positivo; no es que la ley tenga como objeto de estudio, por ejemplo, al finalismo es a lo inverso; máxime si la norma a interpretar precede a la corriente de interpretación y el éxito o fracaso de esta última no determina la continuación o derogación de la primera.

noscar la importancia que el aplicador conozca, entienda y domine con certeza los planteamientos de la escuela seleccionada.

RECUERDA

Para la selección de la teoría del delito que se va a aplicar al caso, se debe tomar en cuenta su grado de aplicación en nuestro Derecho positivo, su respaldo académico y el nivel de conocimiento y manejo por parte de aquel que lo va a aplicar.

Ahora bien, nosotros seleccionaremos aquella corriente dogmática que establece como notas esenciales del delito al comportamiento, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y que vienen siendo definidas de manera normativa –por lo que nos apartamos de los esquemas causalista, neocausalista y finalista.

Asimismo, donde el dolo y la culpa estén ubicados a nivel de tipicidad, así como, la posibilidad de los juicios nomológicos de imputación –ya sea la objetiva, subjetiva y personal.

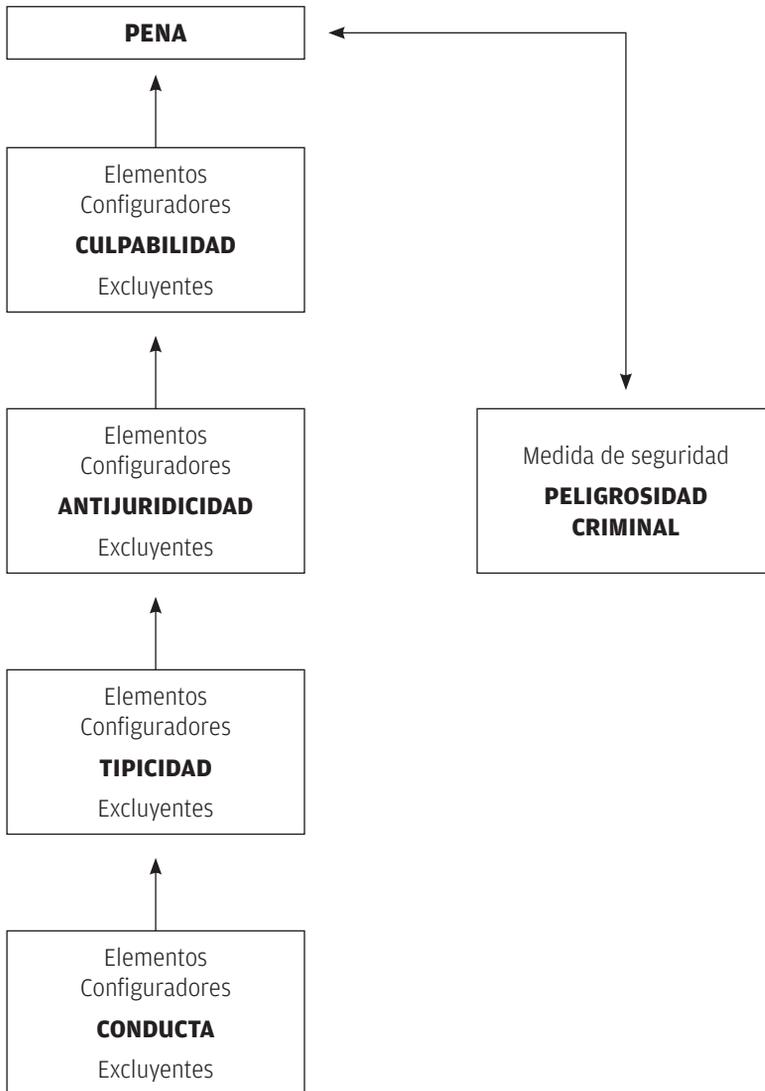
Igualmente, un esquema conceptual respetuoso con el programa penal previsto en la Constitución,²¹⁰ los principios de política criminal,²¹¹ así como, el respeto a los derechos humanos.

210 El programa penal está constituido por preceptos que consagran valores fundamentales, valores superiores del ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de Derecho, así como los principios generales de racionalidad, proporcionalidad, promoción de la libertad e igualdad. Igualmente, nos encontramos con preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan al Derecho penal; así como, aquellos que de modo expreso regulan conceptos del sistema penal, como son los referidos a la inmunidad parlamentaria, el principio de unidad jurisdiccional, la acción penal y el procedimiento punitivo. Al respecto, consúltese: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "APROXIMACIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL (SU CONCEPTO, BIMENSIONALIDAD, VERTIENTE VALORATIVA, CONTENIDO Y MÉTODO)", Ediciones Jurídicas, Lima, 1995. ARROYO ZAPATERO, Luis. "FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL SISTEMA PENAL: EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN". En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nº 1, Castilla-La Mancha, 1987. BARBERO SANTOS, Marino. "ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SISTEMA PENAL". En: *Actualidad Penal. Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Penal*, año XXIX, Nº 29, Julio, 2000. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Et. Al. "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial Praxis, Barcelona, 1996. REBOLLO VARGAS, Rafael. "NOTAS Y CONSECUENCIAS DE UNA LECTURA CONSTITUCIONAL DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL T. XIX, L. II, DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)". En: *Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos*, Barcelona, 2000. GÓMEZ COLOMER, Juan- Luis. "EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO. DIEZ ESTUDIOS DOCTRINALES", Editorial Palestra, Lima, 1999.

211 Por ejemplo: principio del derecho penal de acto, principio de legalidad, principio de intervención mínima, principio de ofensividad, principio de solución de conflictos sociales, principio de asequibilidad normativa, principio de necesidad de pena y principio de culpabilidad.

Y en esa inteligencia, el normativismo, a través del funcionalismo desarrollado por Roxin y sus discípulos, ofrecen, desde nuestro punto de vista, el material conceptual necesario para los fines señalados en los párrafos anteriores –claro está, que en algunos puntos específicos, señalaremos algunas notas que en estricto no aparecen en el modelo roxiniano.

Así, para graficar lo señalado, presentamos el siguiente esquema:



212 Asimismo se deben agregar los elementos subjetivos distintos del dolo.

Del citado esquema, hemos pretendido estructurar la teoría del delito como una escalera de cuatro peldaños; donde, cada uno de los peldaños llevar 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:²¹³

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:²¹⁴

- (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.

213 Los cuales son observables en la parte superior de cada escalón de nuestro cuadro.

214 Los cuales son observables en la parte inferior de cada escalón de nuestro cuadro.

- (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 romana-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.

4.4.1 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, la conducta le corresponde una finalidad, no con respecto a un resultado jurídico-penalmente relevante, pues con relación al resultado relevante acaecido sólo 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.²¹⁵

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,

215 EBERT, Udo. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, p. 31.

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 –lesividad– de la acción no es un dato necesario de la misma, 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.²¹⁶

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

216 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 políticas criminales, ej. describe la conducta valorada del sujeto, sin embargo, no juzga todavía ese valor (como típica, antijurídica o culpable): “sólo valoro que es una conducta” o, contrario sensu, “valoro que aquello no es conducta”.²¹⁷

Ahora bien, a pesar de las diferentes posiciones en torno al concepto de conducta, hay cierto consenso en admitir que la misma 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 excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad. Así tenemos:

217 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 sólo 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 afecta 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.

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 hiere a otra persona.

Se caracteriza, por tanto, por un estímulo sensorial que es transformado en movimiento sin intervención de la conciencia o de la voluntad.²¹⁸

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.

- 218 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.

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:	Excluyentes:
Persona humana	Fuerza física irresistible
Voluntad	Movimientos reflejos
Exteriorización	Estados de inconsciencia

4.4.2 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 sólo 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.²¹⁹

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.²²⁰

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

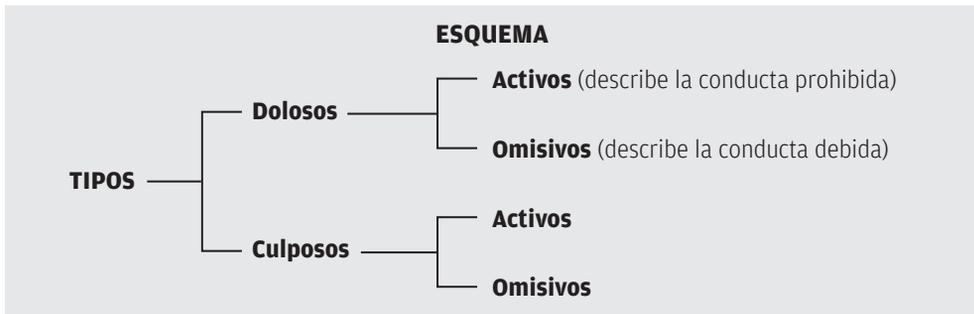
- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho penal.

219 MUÑOZ CONDE, Francisco. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 40.

220 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.

- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que sólo 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 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 ésta 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 tanto, establecer como prohibida otra diferente de ésta, por lo que resulta un tipo omisivo”*.²²¹



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.

221 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “ESTRUCTURA...”, Ob. Cit., p. 78.

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 sólo 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 debe 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, sólo 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 sólo 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 afectado 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,²²² 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;²²³ no obstante, si es unívoco considerar las funciones que éste

222 Históricamente se ha ubicado la teoría del bien jurídico como producto del temprano liberalismo del Siglo XIX; cuando en 1834 Birbaum rebate la posición de Feuerbach (quien junto a Kleinschrod y mucho más tarde Loening, y en base al 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.

223 Ello radica en los innumerables conceptos y tendencias que han surgido en torno al bien jurídico, el cual ha transcurrido por etapas (según Hormazabal 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

cumple, también, lo debería ser, establecer su concepto 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)*...”²²⁴

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.²²⁵ De la citada afirmación, citamos a Roxin quien afirma 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*”.²²⁶

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

224 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*, No. 35, Lima, 1997, p. 139. El citado autor peruano define al bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

225 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.

226 ROXIN, Claus. “DERECHO PENAL...”, Ob. Cit. pp. 56-58.

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 se entiende que el Derecho Penal intervendrá no sólo 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, éste 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 sólo a tipos de lesión o de peligro concreto”*.²²⁷

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 fun-*

227 CARO CORIA, Dino Carlos. “SOCIEDADES DE RIESGO Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS”. En: *Revista Themis*, No. 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).

ción negativa o de delimitación, mediante la cual quedan excluidos a priori aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal”.²²⁸

Aparte de la función negativa o de delimitación que cumple el comportamiento, es menester precisar que la conducta tiene relevancia penal cuando 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”*.²²⁹

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.²³⁰ 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.²³¹

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

228 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “SOBRE LOS MOVIMIENTOS IMPULSIVOS Y EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE LA ACCIÓN”. En: *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 13.

229 KINDHÄUSER, Urs. “LA FIDELIDAD DEL DERECHO COMO CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD”. En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*, No. 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 sólo derechos subjetivos (como piensa el autor) sino valores normativos (constitucionales) sujetos a factores históricos, socioeconómicos y culturales.

230 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 (“SOBRE LOS MOVIMIENTOS...”, Ob. Cit., p. 16).

231 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 sólo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no sólo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado”*. (JAKOBS, Günther. “EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE LA ACCIÓN”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, No. 3, Lima, 1994, p. 82).

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 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.²³²

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.²³³ Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón,²³⁴ Aristóteles²³⁵ o Santo Tomás de Aquino,²³⁶ siendo los trabajos

232 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 IMPROPIOS 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 sólo hay un desvalor potencial de resultado; así consúltese: LAURENZO COPELLO, Patricia. "EL RESULTADO EN DERECHO PENAL", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 182.

233 Véase: KAUFMANN, Armin. "TEORÍA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMÁTICA PENAL MODERNA", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 26.

234 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.

de Stuart Mill, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Derecho penal.²³⁷

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.²³⁸

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 (sólo 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

- 235 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”, 10ma. Edición, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 32.
- 236 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.
- 237 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.
- 238 Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. “TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 108.

su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho.²³⁹

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 sólo 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 Schünemann, 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 éste a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse sólo en términos de finalidad. *Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que sólo 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 éste ha infringido un imperativo de conducta».²⁴⁰

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 auto-realizarse en sociedad.

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

240 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "NORMAS Y ACCIONES EN DERECHO PENAL", Editorial 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 esta Tesis, 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.

I. 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*.

En este apartado, analizaremos como esta primera parte de la determinación objetiva se configura tanto en los delitos de dominio, así como, en los delitos de infracción de un deber; para luego, estudiar los institutos dogmáticos que excluyen, en ambos casos, la imputación del comportamiento.

(A) 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.²⁴¹ La concreción

241 Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones. Así, por ejemplo, Feijoo considera a esta figura como resultado de un juicio de ponderación de intereses (Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Grijley, Lima, 2002, pp. 201 y sgts.). En cambio, para Jakobs, el riesgo permitido depende de la configuración de la sociedad (Cfr. JAKOBS, Günther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO

del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio),²⁴² normas técnicas y reglas de la prudencia.²⁴³

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.²⁴⁴ Esta determinación sólo 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.²⁴⁵

(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 sólo 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 jurídica-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio.²⁴⁶

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

PENAL”, Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 121 y sgts).

242 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.

243 Cfr. JAKOBS, Günther. “IMPUTACIÓN...”, Ob. Cit., pp. 124 y sgts.

244 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, pp. 86.

245 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. “DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL”, Ara Editores, Lima, 2003, p. 413.

246 Idem, p. 421.

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.²⁴⁷

*El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de los mismos.*²⁴⁸ 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 el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino *con el comportamiento de una persona libre y responsable, por 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, ésta 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.²⁴⁹

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.

247 Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "EL DELITO IMPRUDENTE. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 327. JAKOBS, Günther. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 105.

248 Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 290.

249 Cfr. JAKOBS, Günther. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 106.

- 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 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.

(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.²⁵⁰

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 organización conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por 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 caer 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.²⁵¹

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 consti-

250 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, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 261. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 389.

251 Cfr. JAKOBS, Günther. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., Pág. 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 realizará una conducta delictiva. Cfr. ROXIN, Claus. "DOG MÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL", Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima, 1998, pp. 45 y sgts. Similar posición: CERREZO MIR, José. "CURSO...", Ob. Cit., p. 162. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO", Editorial EDERSA, Madrid, 1992, p. 350.

tuye una infracción del rol de ciudadano. El hecho 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.²⁵²

Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo 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 sólo entre 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.²⁵³

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.²⁵⁴

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que 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 aún 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.²⁵⁵

252 Schünemann, por el contrario, realiza una distinción entre actuación culposa y dolosa. Véase: SCHUNEMANN, Bernd, "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2000, p. 434.

253 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., pp. 419-420.

254 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", Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 126.

255 Cfr. JAKOBS, Günther. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 157.

(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.²⁵⁶ 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,²⁵⁷ 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,²⁵⁸ solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanta persona responsable, ha actuado a propio riesgo.*²⁵⁹

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,²⁶⁰ sino que por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

256 Cfr. JAKOBS, Günther. “IMPUTACIÓN...”, Ob. Cit., pp. 109 y sgts.

257 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”, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 327.

258 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 éste 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 jurídico-penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos. Al respecto, véase: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “IMPUTACIÓN...”, Ob. Cit., pp. 517 y sgts.

259 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.

260 Como indica Feijoo que los casos relevantes de heterolesión consentida, son normativamente casos de autolesión. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “IMPUTACIÓN...”, Ob. Cit., pp. 471 y sgts.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección,²⁶¹ estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotgerse.²⁶²

Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo 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 sólo 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 entenderse como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad.²⁶³ 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 éste 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 sólo en el plano subjetivo, sino también en el objetivo. Al respecto, García Caveró, 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 aquél 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

261 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.

262 Cfr. JAKOBS, Günther. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 111.

263 Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "CONDUCTA...", Ob. Cit., p. 190.

consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que no se trata más de una persona responsable.²⁶⁴

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.*²⁶⁵ *Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima*²⁶⁶ *derivados de un rol especial de autor que mantiene su competencia por el hecho, aún cuando la víctima actúe a propio riesgo.*

Todo lo indicado, tanto en el principio de confianza (acápito B), prohibición de regreso (acápito C) y acciones a propio riesgo (acápito 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 éstos 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.*²⁶⁷

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.*²⁶⁸

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.*²⁶⁹

II. 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

264 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 435.

265 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN...", Ob. Cit., p. 456.

266 Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "CONDUCTA...", Ob. Cit., p. 355.

267 Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 481.

268 Idem, p. 481.

269 Idem, p. 482.

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.

Ya que 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 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, éste 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 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.

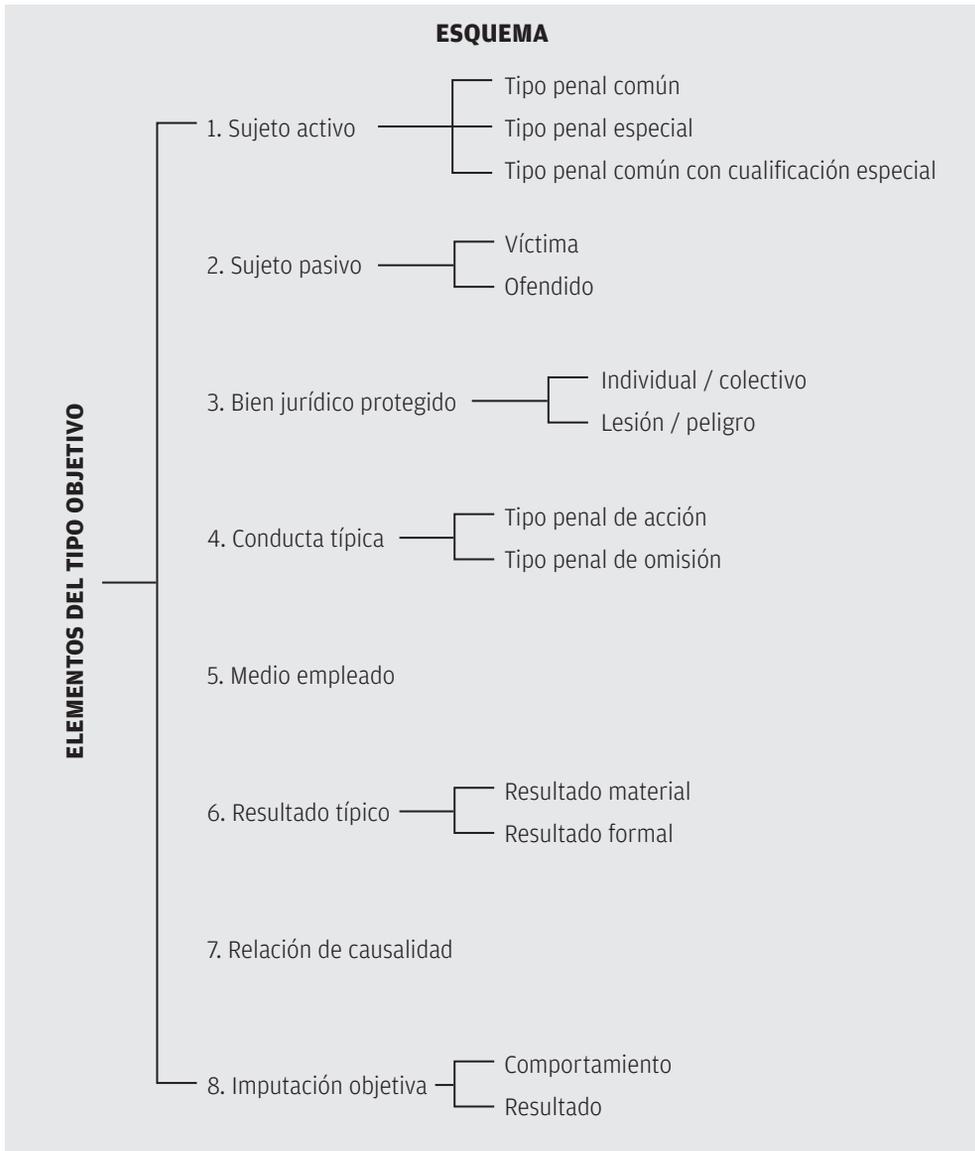
Sin embargo, los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando éste puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de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

tanto que determinan lo injusto del hecho.²⁷⁰ 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”*.²⁷¹

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 congruencia perfecta entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Sin embargo, e 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

270 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).

271 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “ABERRATIO ICTUS E IMPUTACIÓN OBJETIVA”. En: *Estudios de Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 65.

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 éste 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 planifiquen 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 organización ajenas que vulneren los derechos de otros como personas.

El Derecho penal puede asumir como función no sólo 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 éste a título de imprudencia.

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

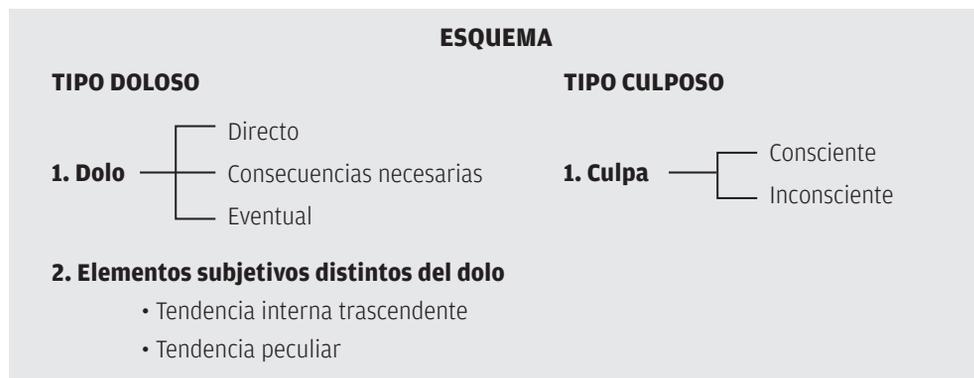
De esta manera, y siguiendo la línea de estudio desarrollada por Bernardo Feijoo (profesor de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid),²⁷² el criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el fin de protección de la norma de cuidado, entendido éste como la exigencia 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.

272 FEIJOO, 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.

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 sólo asumible como límite para constatar que no existe tal relación. Se trata de un criterio fáctico útil procesalmente, pero no es un criterio normativo que esté relacionado con la *ratio* del tipo de injusto imprudente. No se causa por causa por imprudencia todo resultado que se puede evitar, sino sólo 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, sólo cobra sentido mediante una correcta determinación previa de la infracción del deber de cuidado. Sólo así se puede llegar a constatar si el resultado está relacionado con la finalidad o ámbito de protección de la norma de cuidado infringida.

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.



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

1. 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 conflictivo, 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 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 la 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.

2. 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 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 anestesiólogo; 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.

3. 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.

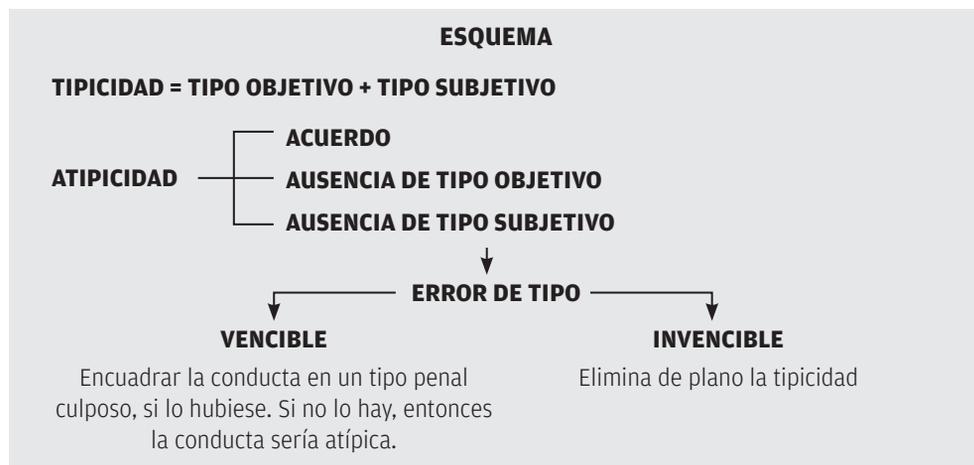
EJEMPLO

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.



4.4.3 ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es el segundo juicio de valor que recae en la conducta típica. Según López Barja de Quiroga,²⁷³ 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.²⁷⁴ Y es político-criminalmente importante porque es presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad.

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 contrariedad 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

273 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1004, p. 181.

274 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.

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.²⁷⁵ Jescheck señala a la antijuridicidad como la contradicción de la acción con una norma jurídica; el injusto es la acción misma, valorada jurídicamente.²⁷⁶ 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.²⁷⁷

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 supuesto 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 se refiere al injusto sin precisarlos 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 an-

275 MUÑOZ CONDE, Francisco. "TEORIA...", Ob. Cit., p. 84.

276 JESCHECK, Hans. "TRATADO...", Ob. Cit., p. 210.

277 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "TEORÍA JURÍDICA...", Ob. Cit., p. 80.

tijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

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.²⁷⁸

En ese sentido, las causas de justificación o excluyentes de la antijuridicidad, son:

(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.²⁷⁹

Sus requisitos son:

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

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.

278 DAZA. Carlos. Ob. Cit., p. 117.

279 ZAFARRONI, Eugenio R. "ESTRUCTURA...", Ob. Cit., p. 193.

(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. Esta 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.²⁸⁰

EJEMPLO

La madre que corrige moderadamente a su menor hijo ve justificada 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.²⁸¹

280 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. “DERECHO...”, Ob. Cit., p. 475.

281 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Et. Al “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”,

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 éste sólo 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 ésta 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 acogiendo 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.

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 señala 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

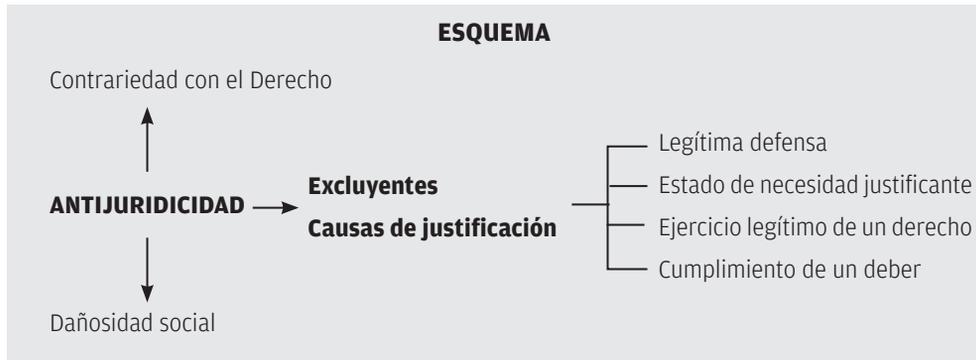
2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 486.

responsabilidad penal. En otras palabras, el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de ésta 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.²⁸²

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.



282 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/lícito que el sujeto activo impregna a su comportamiento y no en los elementos en que recae su conducta, ni menos aún, en su intencionalidad.

4.4.4 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.²⁸³

Sin embargo, en la doctrina, existen diferentes teorías que analizan el contenido de la culpabilidad; a continuación se analizarán, brevemente, cada una de estas concepciones.

1. Teoría psicológica de la culpabilidad. Sería Franz von Liszt quien dé nacimiento a la teoría psicológica de la culpabilidad. Decía Liszt que: *la infracción criminal, como el delito civil, es un acto culpable. No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente el nexo, en la culpabilidad del autor.*²⁸⁴

En ese sentido, para Liszt la culpabilidad es el nexo psicológico entre el autor y su hecho; sus únicos componentes eran el dolo y la culpa. En esa inteligencia, para esta teoría, la culpabilidad es subjetiva porque es psicológica; se le concibe como la causación psíquica del resultado, que puede ser a título de dolo, si se quiere causar el resultado antijurídico, o a título de culpa si aquél –el resultado– sobreviene por imprudencia o negligencia.

Sin embargo, la teoría psicológica se encontró especialmente con dos grandes problemas. Por una parte, tenía dificultad para configurar un concepto superior de culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa, sobre todo la culpa inconsciente. Por otro parte, la teoría psicológica no estaba en condiciones de explicar satisfactoriamente la concurrencia de determinadas circunstancias que excluían la responsabilidad, como era, por ejemplo, el caso de estado de necesidad, ni que la atenuaban, como los casos de agotamiento, de emociones violentas, etc. Es decir, dicha teoría no era capaz de fundamentar una graduación de la culpabilidad.

2. Teoría normativa de la culpabilidad. El fundador de la teoría normativa de la culpabilidad, y quien primero señaló que la culpabilidad es reprochabilidad, fue Frank von Reinhart, quien parte del análisis de aquellas circunstancias dispensadoras y llega a la

283 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid, 1997, p. 298.

284 VON LISZT, Franz. "TRATADO DE DERECHO PENAL", Volumen II, Traducido por Cordova Roda, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, p. 387.

conclusión de que del mismo modo que la imputabilidad, el dolo y la culpa, forman parte de la culpabilidad y que precisamente su función es excluirla o graduarla.²⁸⁵

Junto a Frank, es necesario mencionar a James Goldschmidt, quien distingue entre norma jurídica y norma de deber. La norma jurídica dice relación con lo injusto, es de carácter objetivo y general, la norma de deber dice relación con la culpabilidad, es de carácter subjetivo e individual. El elemento normativo de la culpabilidad es justamente la contravención al deber. Por tanto, la culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprochable (valorativamente objetable).²⁸⁶

El tercer autor que contribuyó sustancialmente a la constitución de la teoría normativa de la culpabilidad fue Freudenthal, quien plantea que para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad hay que recurrir al principio general de la exigibilidad. La culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente.

En suma, para esta teoría los componentes de la culpabilidad son: la *imputabilidad*, que con esta teoría deja de ser un presupuesto de ella como sucedía con la teoría psicológica, una determinada relación psicológica del autor con el hecho, esto es *dolo o imprudencia* y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad. Como puede apreciarse estas causas especiales no aparecen en forma positiva como una característica de la culpabilidad, sino en forma negativa, como exclusión de la misma. Se le objetó a esta teoría su falta de normativización, dado que, en ella se confunden el juicio de valoración y el objeto valorado. Dolo y culpa, en efecto, son elementos fácticos, sobre los cuales se pronuncia, también, el juicio de reproche. No se percibe el motivo por el cual esos “cuerpos extraños” han de permanecer en el ámbito normativo de la culpabilidad, en lugar de alojarse donde pertenecen, esto es, en el seno de la tipicidad. En tanto que objetos de valoración, ése es el emplazamiento que les corresponde, y sólo de esta manera puede obtenerse un concepto normativo de culpabilidad, exento de impurezas naturales.²⁸⁷

3. Normativismo restringido al sujeto. Con la aparición de la teoría finalista, se afirma la idea de que la culpabilidad es reprochabilidad. Es decir, el reproche se

285 Por eso es que Frank entiende como elemento de la culpabilidad: *el estado normal de las circunstancias en las cuales actúa el autor*. A este planteamiento inicial, le va introduciendo modificaciones en las sucesivas ediciones de sus comentarios al Código. Así, comienza a mencionar circunstancias acompañantes normales, luego motivación normal y, por último, termina refiriéndose sólo a causas de exclusión de la culpabilidad.

286 Según Goldschmidt lo culpable es lo valorativamente objetable: no dejarse motivar de la voluntad por la representación del deber.

287 CURY URZÚA, Enrique. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, 2007, p. 20.

centra en que el autor concreto en una situación dada hubiera podido motivarse por lo dispuesto en la norma y actuar en otra forma.²⁸⁸

Con ello los elementos de la reprochabilidad son la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad. El dolo y la culpa no pueden ser elementos de la reprochabilidad, ya que no se refieren a la posibilidad de motivarse conforme a la norma, sino que implican, según todos reconocen, una relación con el hecho, esto es, son un aspecto subjetivo del comportamiento.

Ahora bien, sin embargo, a pesar de estar establecida la culpabilidad, *el poder en lugar de ello* del autor respecto del injusto, el reproche puede ser dispensado por la concurrencia de circunstancias extraordinarias que influyan fuertemente sobre la motivación de la norma para actuar conforme al ordenamiento jurídico, bien sea neutralizándola o disminuyéndola. Se trata de las causas de inexigibilidad de otra conducta y que, por tanto, exculpan. La exigibilidad no aparece como elemento positivo, sino como causa de exclusión.

4. Finalidad de la pena y culpabilidad. Hay algunas tentativas destinadas a formular el contenido de la culpabilidad en función a los fines de la pena. En tal caso se encuentra, especialmente, Jakobs quien consecuente con su planteamiento de que el fin de la pena es el mantenimiento del orden jurídico, señala que la culpabilidad ha de estar teñida por ese fin, y agrega que: *"intentaré demostrar que la culpabilidad, y precisamente la propia culpabilidad y no una responsabilidad segregada de ella, se encuentra determinada por el fin; es determinada por el fin y por cierto la culpabilidad misma, y no una responsabilidad desprendida"*.²⁸⁹

Tal mantenimiento del orden jurídico, a su entender, se realiza con su particular modo de comprender la prevención general no como intimidación, sino del ejercicio de fidelidad al derecho, y precisa: *"No se trata, en primer término, por tanto, de socialización o de intimidación del autor o de otras personas, sino prevención general, entendida como garantía de aquellas expectativas cuya firmeza frente a la defraudación necesita el ordenamiento para su mantenimiento"*.²⁹⁰

Últimamente, Jakobs define la culpabilidad como responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante en un comportamiento antijurídico que afecta a la confianza general en la norma. Por ello, la culpabilidad designa una falta de fidelidad al derecho.²⁹¹

288 WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN PARTE GENERAL", traducido por Bustos / Yáñez, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1987, p. 197.

289 JAKOBS, Günther. "SOCIEDAD, NORMA, PERSONA EN UNA TEORÍA DE UN DERECHO PENAL FUNCIONALISTA", Traducción de Cancio / Feijoo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 77.

290 Idem, p. 78.

291 JAKOBS, Günther. "DERECHO PENA...", Ob. Cit., p. 566.

Esta concepción de la culpabilidad desobjetiviza al individuo ya que la conciencia y fin de éste no puede ser otro que la finalidad del sistema. En definitiva, como señala Roxin, es la funcionalización de la persona del delincuente.²⁹² En otras palabras, está identificado el fin de la pena que es la fidelidad al derecho y, en último término, también el fin del sistema, con la conciencia y fin del individuo. En otras palabras, hay una conversión del fin del sistema en conciencia y fin del individuo.

5. Posición integradora de Roxin. En una primera época, Roxin planteó la culpabilidad vaciada de contenido y sólo como límite de la pena: *“La pena no puede en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así pues, la culpabilidad, a la que hemos declarada inadecuada para fundamentar la potestad estatal, sin embargo, ahora debe servir para limitarla. ¿Cómo ello es posible? Pues bien, esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad”*.²⁹³

Sin embargo, luego Roxin ha variado su pensamiento: *“La responsabilidad está constituida por la culpabilidad y los criterios preventivos. La culpabilidad es condición necesaria aunque no suficiente. Pero la culpabilidad no está determinada ni siquiera indirectamente por los fines de la pena, sino que tiene un contenido propio. La capacidad de culpabilidad es, por tanto, la capacidad de autoconducción de impulsos psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de un sujeto en una determinada situación. Actúa culpablemente quien dolosa o imprudentemente realiza un injusto jurídico-penal, pese a que en la concreta situación de decisión era dirigible normativamente”*.²⁹⁴

Pero aunque esté dada la culpabilidad, puede que no sea necesaria la sanción penal por razones preventiva. Así señala que: *“el legislador sólo hace responsable al individuo por un injusto penal por él cometido, cuando, en primer lugar ha actuado culpablemente y, en segundo lugar, existe una necesidad preventiva de sanción penal de este comportamiento culpable”*.²⁹⁵ Hay pues una interacción recíproca tanto en la fundamentación como en la medición de la pena entre culpabilidad y prevención.

Roxin estima que el mantenimiento de la culpabilidad no es discutible, pues no hay alternativa plausible y que el sólo criterio preventivo general no está en ca-

292 ROXIN, Claus. “¿QUÉ QUEDA DE LA CULPABILIDAD EN DERECHO PENAL?”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 30, Madrid, 1986, p. 681.

293 ROXIN, Claus. “CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD COMO CATEGORÍAS SISTEMÁTICAS Jurídico-penales”. En: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976, p. 27.

294 ROXIN, Claus. “¿QUÉ QUEDA...”, Ob. Cit. p. 685.

295 Idem, p. 690.

pacidad de explicar todos los fenómenos que se engloban bajo el concepto de culpabilidad ni de dar por ello garantías al individuo frente al Estado.²⁹⁶

Crítico a la posición de Roxin es Jescheck, quien aduce lo siguiente: *“La restricción del principio de culpabilidad a la función de “medio para la limitación de la pena” es el punto central en la influyente interpretación de este concepto aportada por Claus Roxin. De ese modo, dicho autor pretende hacer la teoría jurídico-penal de la culpabilidad “independiente del libre albedrío”. A su vez, tal concepto de la culpabilidad restringido al papel de margen superior de la pena es el fundamento de su nueva categoría sistemática de “responsabilidad”, en la cual ha fundido la culpabilidad del autor con la necesidad preventiva de la pena. A esto se puede objetar en primer lugar que la culpabilidad, si es el límite superior de la pena, también debe ser decisiva para toda determinación de la misma que se encuentre por debajo de aquella frontera. Pero fundamentalmente, al limitarse la fijación concreta de la pena a fines preventivos, la resolución del juez pierde el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado, y la pena, con ello, pierde también después de todo su posibilidad de influir en favor de aquellos objetivos de prevención. Porque sólo apelando a la profundidad moral de la persona se puede esperar tanto la resocialización del condenado como también una eficacia socio-pedagógica de la pena sobre la población en general. La renuncia al criterio de la culpabilidad para la pena concreta resulta ser un precio demasiado alto por eludir el problema de la libertad en la teoría de la culpabilidad. En Austria, debido a esta razón, la idea de la reducción de la culpabilidad a la función de límite superior de la pena no ha conseguido nunca consolidarse. Aquí, tanto la prevención general como la especial se presentan en cualquier caso como fines de la pena; sin embargo, ésta se considera medio apropiado para la prevención sólo si se basa en la escala de la culpa. En tal sentido, la culpabilidad se puede entender desde luego “generalizando”, pero la pena tiene que ser merecida también de acuerdo con aquel criterio”.*²⁹⁷

6. Teoría de la exigibilidad de Bustos Ramírez. Para Bustos Ramírez el contenido de la culpabilidad debe partir del individuo en sociedad, específicamente en su relación social concreta. Así Bustos indica lo siguiente: *“Culpabilidad es responsabilidad, pero esta responsabilidad adquiere una dimensión mucho más profunda que la hasta ahora entendida. Al establecerse su responsabilidad, se plantea de la sociedad, tanto por el papel que le ha asignado, como por los controles (tam-*

296 Al respecto, Donna acotan que los criterios de prevención tarde o temprano deben recurrir a la culpabilidad, ya que necesitan por convicción limitar el poder del Estado. Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. “LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN. CONCEPTO ANTAGÓNICOS”. En: *Teorías actuales en el Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 271.

297 JESCHECK, Hans-Heinrich. “EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE LA CULPABILIDAD EN ALEMANIA Y AUSTRIA”. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>.

*bién los penales y, específicamente, la pena) de todo tipo que le ha impuesto. La conciencia del hombre surge del proceso social, de su relación social. Luego, la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo su conciencia, desarrollo histórico-social y conciencia son términos inseparables”.*²⁹⁸

Así, responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella. El hombre, según Bustos, respondería por su comportamiento; por la conciencia de él, pero su conciencia está dada socialmente, y por eso también responde la sociedad toda. Esto en la concepción de Bustos se interpreta en que el sujeto responde frente a tareas concretas que le exige el sistema; por lo que, responsabilidad implica exigibilidad. Esto es, se trata de qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado en definitiva, de una persona frente a una situación concreta. Así, para Bustos, responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos, en donde, el Estado no puede exigir si no ha proporcionado, no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma.²⁹⁹

La consecuencia de esta teoría es que orienta al juicio de la culpabilidad no solamente al individuo que no ha dado una respuesta normativa frente al conflicto, sino también vincula al Estado, es decir, a su capacidad para exigir esa respuesta a la persona. Por ello, culpabilidad es exigibilidad, esto es, capacidad no de la persona para dar una respuesta determinada, sino capacidad del Estado para exigir esa respuesta.

7. La teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad de Zaffaroni. Para Zaffaroni un concepto de culpabilidad debe impedir que el poder punitivo se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularse al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de la vulnerabilidad.³⁰⁰ Se basa en el dato de la selectividad del sujeto y no a su autodeterminación.

Se consideran para ello los siguientes conceptos: Primero, la determinación del vínculo personal del injusto como el autor depende de la manera en que opera la peligrosidad del sistema penal. Esta se define como la mayor o menor probabilidad de criminalización secundaria que recae sobre una persona. Segundo, el

298 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “CONCEPTO DE CULPABILIDAD”. En: *Obras completas*, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2005, p. 1122.

299 Idem, p. 1124.

300 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et. Al. “DERECHO...”, Ob. Cit. p. 623.

grado de peligrosidad del sistema penal para cada persona. Por lo general, se establece en razón a los componentes del estado de vulnerabilidad de ésta al sistema penal. Tercero, el estado de vulnerabilidad se integra con los datos que hacen por su posición dentro de la escala social. Cuarto, el poder punitivo no se distribuye sólo por el estado de vulnerabilidad, porque si bien todas las personas que comporten un mismo estado de vulnerabilidad padecen pareja frecuencia de riesgos de criminalización, el poder punitivo también selecciona entre ellas a quienes criminaliza. Así es posible afirmar en general que entre las personas de mayores rentas y más cercanas al poder, el riesgo de criminalización es escaso (bajo estado de vulnerabilidad o alta cobertura) e inversamente, entre los de menores rentas y más lejanos al poder, el riesgo es considerable (alto estado de vulnerabilidad y baja o nula cobertura). No obstante, algunos de los primeros son seleccionados; y entre los últimos, si bien se selecciona con mucha mayor frecuencia, siempre se trata de una ínfima minoría.³⁰¹

8. Teoría de Enrique Gimbernat. Gimbernat es uno de los autores que procuran fundamentar y medir la pena sin recurrir al concepto de culpabilidad; y más bien busca en la *necesidad de la pena* su sustituto.

Es cierto lo que dice Gimbernat que de lo que se trata es de que la pena no sea *"algo irracional, sino racional, es más: razonable; y además se trata de desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio –pues si no lo desenmascararán como tal las ciencias empíricas–, y no obstante, seguir afirmando la dignidad humana y el Derecho penal liberal del Estado de derecho"*.³⁰²

Sin embargo, es difícil pensar que el concepto de necesidad de la pena pueda cumplir tales funciones. La necesidad como tal es un concepto vacío y requiere preguntarse entonces por el sentido de la pena, que habría que buscarlo en criterios como los del rango de los bienes jurídicos, la prevención general o la especial. Frente a estos criterios hay que plantear que, por una parte, no sirven para explicar todos los fenómenos que se dan en la culpabilidad, esto es, inimputabilidad, imputabilidad disminuida, error de prohibición, estado de necesidad, y que, por otra parte, no cumplen la función de la culpabilidad, esto es, de ser garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Al contrario, tales criterios dejan al ciudadano entregado completamente al arbitrio del Estado.

En ese sentido, la culpabilidad, y siguiendo en ello a Ferrajoli, no es ni un pensamiento ni un mero aspecto interno de la persona, sino un elemento del hecho (delito), esto es, una *conditio sine qua non* del mismo, fundada más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición.

301 Idem, p. 624.

302 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿TIENE UN FUTURO LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL?. En: *Estudios de Derecho penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 69.

Por otro lado, luego de haber realizado un breve repaso de las principales concepciones sobre la culpabilidad, tomamos como postura que *el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo, que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.*

En ese sentido, nos adherimos a la teoría de la prevención integración, defendida por Roxin y numerosos seguidores, quienes defienden un concepto de culpabilidad de referencia social. En ese sentido, se reconoce la necesidad de atender a necesidades preventivas en la culpabilidad (o responsabilidad para Roxin, concepto más amplio que incluye precisamente culpabilidad y necesidades preventivas), pero fundamenta la culpabilidad en lo que denomina “asequibilidad normativa”. Entiende esta teoría que el sujeto normal es un sujeto que puede adaptar su comportamiento a las circunstancias y a la norma. Esta teoría se fundamenta también en el libre albedrío, pero sin pretender probarlo, como un presupuesto imprescindible de la vida en sociedad, como un elemento arraigado en nuestras formas gramaticales y de pensamiento. Al hombre *se le trata como libre*. La suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema del conocimiento o de las ciencias de la naturaleza, y está basado en el principio de igualdad, según el cual todos los hombres deben recibir igual trato ante la ley.

Para ello es presupuesto la imputabilidad y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, el error de prohibición invencible o el estado de necesidad exculpante.³⁰³ Sin embargo, de la culpabilidad, sólo nos referiremos a la imputabilidad, o mejor dicho a las causas que la disminuyen o la excluyen, y que permitiría a la persona ser sometida a una medida de seguridad.

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 sólo del injusto, y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esa comprensión.³⁰⁴

303 Cfr. ROXIN, Claus. “TRATADO...”, Ob. Cit., p. 195.

304 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

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 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.*³⁰⁵

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 componentes que lo definen como tal: lo biológico, psicológico, moral, cultural, ergológico, etc.³⁰⁶

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 puede 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.*^{307/308}

de todos los procesos afectantes de tales capacidades.

305 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "LECCIONES DE DERECHO PENAL: TEORÍA DEL DELITO, TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE Y CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO", Volumen II, Editorial Trotta, Valladolid, 1999, pp. 340-341.

306 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 ECHANDIA, Alfonso. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 11va. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 188.

307 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.

308 No obstante, la discusión se dirige si debe ser o no la norma penal el indicador para determinar cuando una persona detenta esa capacidad o cuando 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

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

1a. Anomalía psíquica. Esta causal también es conocida como trastorno psíquico patológico o por enfermedad mental.³⁰⁹ Lo más relevante, lo 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.³¹⁰

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 sólo los supuestos de enfermedad mental en sentido estricto (las 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, debida a la enfermedad mental del sujeto, llevará consigo un incremento del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales, con

(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 en 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.

309 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 sólo interesa al Derecho penal, impulsándolo de manera coactiva a una desviación normativa, es decir, influyendo en el núcleo de la personalidad del afectado.

310 Cfr. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL...”, Ob. Cit., pp. 580-581.

todos los problemas de garantías para el afectado y que ha llevado a importante sector doctrinal a reclamar para la aplicación de las medidas de seguridad los mismos principios garantizadores que informan la aplicación de las penas.³¹¹

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.³¹²

La fórmula biológica relaciona la exención de responsabilidad criminal con la existencia de la enfermedad mental. Sin embargo, presenta graves 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 sólo 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.³¹³

311 Idem, Pág. 583.

312 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, Editorial Bosch, Barcelona, 1983, pp. 973 y sgts.

313 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*

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 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.³¹⁴ Además, no todas las enfermedades mentales son compatibles con la idea de la imputabilidad, sino sólo aquellas que atacan indiscutiblemente la cul-

Criminal, Nº 58, Madrid-España, 1996, Págs. 218 y sgts.

314 VILLA STEIN, Javier. “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, 1era. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 369.

pabilidad del mayor de edad, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivos, afectivo y conativo.³¹⁵

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."*³¹⁶ 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"*.³¹⁷

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.³¹⁸

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.³¹⁹

Precisamente, el uso de la expresión *anomalía psíquica* en el Código penal peruano permite la eximente tanto para enfermedades mentales u otras perturbaciones psíquicas graves (alteraciones psíquicas) como las oligofrenias graves (anomalía psíquica).³²⁰

Por otro lado, hay discusión sobre la psicopatía, como causal de inimputabilidad.³²¹ Sin embargo, la psicopatía (también denominada personalidad anormal) pre-

315 Idem, p. 371.

316 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. Cit., p. 535.

317 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "MANUAL...", Ob. Cit., p. 259. De similar opinión: GÓMEZ BENITES, José. "TEORÍA JURÍDICA...", Ob. Cit., p. 381.

318 Para García Cavero, no poseen la capacidad de comprender la vinculatoriedad del orden jurídico-penal. Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 693.

319 ROXIN, Claus. "TRATADO...", Ob. Cit., p. 827.

320 MIR PUIG, Santiago. "DERECHO...", Ob. Cit., p. 563.

321 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 si, dado que, la psicopatía presenta como signo que el sujeto quien la padece es *anético*, es decir, sin

senta, 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 jurídica-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.³²²

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.

1b. Grave alteración de la conciencia. La inimputabilidad puede ser consecuencia no sólo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros.³²³

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 esa expresa mención sería difícil dar cabida a los episodios de locura pasajeros, 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 transitorio”.³²⁴

No obstante, no compartimos esta posición de Quintero, puesto que, aún 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.

capacidad para interiorizar los valores de las personas, así como, de las normas (Ob. Cit., p. 677).

322 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et. Al. Ob. Cit., p. 678.

323 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.

324 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. Cit., p. 538.

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 post-hipnóticos 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 posthipnóticos, la alteración propia de los estados pasionales.³²⁵ *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 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 sólo 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 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

325 JAKOBS, Günther. "DERECHO PENAL...", Ob. Cit., p. 638.

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.

1c. 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 *ius 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 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:

Imputabilidad o capacidad penal

Excluyentes:

- 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.³²⁶

Al respecto, la doctrina precisa la presencia de cuatro situaciones distintas en cuanto al conocimiento del sujeto.³²⁷ Por un lado, el sujeto puede actuar con cono-

326 DAZA, Carlos. Ob. Cit., p. 209.

327 OLAIZOLA NOGALES, Inés. "EL ERROR DE PROHIBICIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS CRITERIOS PARA SU APRECIACIÓN Y PARA LA DETERMINACIÓN DE SU VENCIBILIDAD E INVENCI-

cimiento 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.

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 Peña³²⁸ 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 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 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 socio-jurídico de aquel país no descansa en las bases religiosas del Islam, considerando ilícita toda conducta tendiente a cortar la vida de algún semejante.

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

BILIDAD”, Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 155.

328 LUZÓN PEÑA, Diego. “DERECHO...”, Ob. Cit. p. 462.

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 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 las mismas 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:

1. 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 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 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 la doctrina, 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 predicen 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 éste, dirigido hacia él el peligro, no tenga obligación especial de sacrificio.

2. 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 halla 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:
Exigibilidad

Excluyentes:

- Estado de necesidad exculpante
- Miedo insuperable

4.4.5 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 guar-

dan 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, ésta 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”*;³²⁹ 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 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*

329 ROXIN, Claus. “ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL DE LA TENTATIVA”. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*, Editorial Idemsa, Lima, 1997, p. 258.

realización del tipo".³³⁰ En suma, la punición de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro dolosa cercana al tipo (inmediatez temporal).³³¹

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 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 agota sino hasta cuando obtiene el lucro esperado, al reducir a dinero los efectos del 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.

4.4.6 AUTORÍA O PARTICIPACIÓN

Al igual que en el anterior apartado, dentro de la teoría del delito se discute otros aspectos que se agregan a los temas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se deben tener en cuenta a la hora de aplicar las categorías normativas a nuestro caso. Y en este apartado nos vamos a referir al denominado título de imputación; es decir, cómo ha intervenido el o los sujetos activos en el hecho punible, cómo autor o cómo partícipe.

A. EL AUTOR EN EL DERECHO PENAL

Concretar el concepto de autor supone introducirse en uno de los problemas más comprometidos de la dogmática penal. Determinar cuándo el hecho aparece como *propio* de un sujeto (autoría), y cuándo su relación con el mismo se produce de manera

330 JAKOBS, Günther. "TRATADO DE DERECHO...", Ob. Cit., p. 863.

331 Sobre la inmediatez temporal, ésta es una resultante de la teoría Objetivo-Individual de Welzel, la cual consiste 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.

indirecta, conectada a la de quien tiene el papel protagonista en el hecho principal (participación) es, sin embargo, una distinción dogmática y legalmente imprescindible, pues con independencia de los marcos penales que en abstracto se señalen a unos y otros, la diferenciación está llena de consecuencias prácticas.

Además, porque la responsabilidad de los segundos es *accessoria* de la de los primeros, alcanzándoles el reproche penal sólo si el hecho con el que están relacionados puede ser previamente imputado a un autor, porque de ello depende el sentido de la regulación legal de la autoría y la participación y, en definitiva, el significado de los tipos penales.

Debo señalar, asimismo, que por la naturaleza del trabajo me he limitado al examen de determinadas concepciones y legislaciones, y que, por la gran extensión de los temas a tratar, determinadas cuestiones, que se exponen y analizan, quedan para un estudio más exhaustivo.

1. CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR. De acuerdo con el concepto unitario de autor, todos los que intervienen en un hecho punible deben ser considerados autores con independencia de la importancia que tenga su colaboración al hecho.³³² No cabe, pues, diferenciar entre autoría y participación.

A tal conclusión se llega mediante una interpretación extensiva de los tipos de la parte especial, que considera incluidos en los mismos a todos los que participan en el hecho.³³³

332 Prescindiendo de antecedentes remotos, la tesis encontró sus defensores más significativos en la doctrina alemana (entre otros, Von Liszt, M. E. Mayer, Frank, v. Hippel, Roeder, Eb. Schmidt, Dreher; ver exhaustivamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "LA AUTORÍA EN DERECHO PENAL", Editorial PPU, Barcelona, 1991, pp. 48 y sgts.), en los partidarios del derecho penal de la peligrosidad con fundamento en el positivismo naturalista, básicamente adscritos a la Unión Internacional de Derecho Penal (a la que pertenecieron la mayor parte de los autores citados antes) y en la *Escuela de Kiel*, defensora del derecho penal de la voluntad. Esta última circunstancia ha permitido asociar el concepto unitario de autor con sistemas políticos autoritarios. Sin embargo, lleva razón Díaz y García Conlledo al advertir que esa relación no es tan automática como parece; prueba de ello es que mientras van saliendo de los códigos penales los preceptos incompatibles con el Estado de derecho, permanece la regulación de la autoría en términos unitarios en países nada sospechosos de totalitarismo, como Italia o Austria, por citar sólo dos casos (p. 89). Otra cosa es que se piense que el concepto unitario de autor no es el que mejor cumple con las exigencias del Estado de derecho; a ello nos referiremos después. En el derecho positivo, el concepto unitario se adopta, entre otros, por los Códigos noruego de 1902, danés de 1930 y el italiano, también de 1930 (PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO Y EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD", Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pp. 259 y ss.; ver la traducción de los preceptos correspondientes en Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, pp. 56 y ss.; asimismo: FIERRO, Guillermo. "TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL", 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 288 a 295).

333 Por esta razón, un sector doctrinal incluye a las tesis unitarias dentro de las concepciones extensivas del concepto de autor. Así, por ejemplo, VIVES ANTÓN, Tomás. "LIBERTAD DE

El fundamento último de la tesis aparece conectado a la teoría de la equivalencia de las condiciones: si todas las condiciones que concurren a la producción de un fenómeno son causa del mismo y tienen idéntico valor, todas las aportaciones personales relacionadas con un hecho deben ser consideradas de la misma importancia, sin que sea posible entender unas (las de los autores) de superior relevancia que otras (las de los partícipes). Como consecuencia, los marcos penales son señalados para todos los intervinientes en el hecho, es decir, todos incluidos directamente en el tipo de cada delito (todos son autores). Ello no significa necesariamente, sin embargo, que la pena deba ser la misma para todos, puesto que en el momento de su determinación el juez podrá establecer diferencias en atención a la voluntad criminal y a la importancia de la contribución de cada uno; para ello, deberían preverse circunstancias atenuantes o agravantes relativas a la forma de intervención en el hecho.³³⁴

Modernamente, la concepción unitaria se apoya –de forma más correcta–, no tanto en la causalidad, cuanto en la idea de que en la codelinuencia el hecho es obra de todos los que intervienen en el mismo, frente al criterio de las tesis diferenciadoras entre autores y partícipes, que lo entienden como obra de uno (autor), con el que colaboran otros (partícipes). Esta forma de entender la asociación delictiva es la que les permite negar la accesoriedad propia de los sistemas diferenciadores, rasgo que constituye hoy la nota común y la característica básica de los conceptos unitarios de autor.³³⁵

El principio del que parten es el de la responsabilidad autónoma e individual de todos los intervinientes: todos los colaboradores en el hecho son autores y, en cuanto tales, responden exclusivamente por su propio injusto y su propia culpabilidad; ni la calificación del hecho ni su responsabilidad dependen de la de otros. En consecuencia, rige el principio de la solución individual en cuanto a la tentativa de participación: la responsabilidad comienza para cada uno, sin esperar a la del hecho en conjunto.³³⁶

En la doctrina española, la tesis ha sido mayoritariamente rechazada,³³⁷ enfrentándose de plano con la distinción expresa entre autores y partícipes que efectúa el Có-

PRENSA Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL (LA REGULACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA IMPRENTA)", Universidad Complutense, Madrid, 1977, pp. 110 y sgts., y COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S. "DERECHO...", Ob. Cit., p. 566. Resaltando la relación entre concepto unitario y extensivo, Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 270 y 271.

334 Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit., p. 186.

335 Idem, p. 115.

336 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. p. 321.

337 ANTÓN ONECA, José. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", 2ª Edición, Editorial Akal, Madrid, 1986, p. 429. CÓRDOBA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1972, pp. 796 y sgts. VIVES ANTÓN, Tomás. "LIBERTAD...", Págs. 117 a 124. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO...", Ob. Cit., pp. 355 y sgts.

digo Penal español. Las críticas que se han dirigido a la concepción unitaria son muchas y muy variadas. En primer lugar, porque la vinculación tan estrecha con la causalidad hace trasladables a las tesis unitarias las objeciones que han hecho cuestionar el papel del dogma causal dentro de la teoría del delito: que haya relación de causa a efecto entre un comportamiento y un resultado no es suficiente para decidir el sí, el cómo y el cuánto de la responsabilidad penal.

Sencillamente, porque, como tantas veces se ha recordado, una constatación puramente fáctica, naturalista, no puede resolver un problema valorativo como es el de determinar quién debe responder por su intervención en un hecho delictivo, en qué grado y, en su caso, quién más y quién menos.

Otra crítica generalizada a las concepciones unitarias es la de no corresponderse con las garantías propias del Estado de derecho y en particular con la exigencia de taxatividad o determinación derivada del principio de legalidad. Ello se produciría, por una parte, porque al declarar autores a todos los que intervienen en la producción causal de un resultado y no describir otras formas de intervención en el hecho punible, estaría delimitando insuficientemente las conductas lesivas y difuminando la necesaria concreción de los tipos penales; y por otra, porque en los sistemas unitarios el tipo se considera realizado con tal de que conjunta y no individualmente las actividades de los distintos sujetos realicen la totalidad de sus elementos, lo que resulta poco respetuoso con el principio de determinación. En los sistemas restrictivos, en cambio, al sancionar la accesoriedad de la participación, es preciso, al menos, que uno de los intervinientes cumpla la totalidad de los elementos típicos.

A las concepciones unitarias se les reprocha, igualmente, que conducen a una ampliación indeseable de la punibilidad de la tentativa; en particular de las formas de tentativa de participación y, muy en concreto, de la tentativa de complicidad, que en un sistema diferenciador es generalmente impune. Al considerar autores a quienes en un sistema diferenciador serían partícipes, la tentativa de cada uno de los intervinientes en el hecho comenzará cuando empiece a realizar su propio hecho, de forma que el simple intentar inducir a otro a que mate (tentativa de inducción) o intentar ayudarlo (tentativa de complicidad) resultaría ya punible, aunque el ejecutor real de la muerte no llegara a materializar el hecho; y ello porque el comienzo de la tentativa de cada interviniente no depende nunca del comportamiento ajeno, sino del propio (solución individual). En un sistema diferenciador, en cambio, la accesoriedad de la participación impone que la responsabilidad del partícipe sólo aparezca cuando el autor ha llegado a un grado de ejecución del hecho que lo haga punible, es decir, la tentativa.

Con el criterio del sistema unitario, por tanto, se permite el castigo de conductas muy alejadas de la lesión o el peligro para el bien jurídico, lo que significa una desmesurada ampliación de los tipos, hasta comprender comportamientos que, como la tentativa de complicidad, no deben ser punibles. Otra de las críticas es que ofrecen dificultades en los delitos especiales y de propia mano. Desde el momento en que consideran autores a todos los intervinientes en el hecho, en los delitos que requieren una

cualificación especial en el autor (hombre, funcionario, etc.) resulta poco congruente considerar autores a los *extranei* en los que no concurre esa cualidad y que típicamente no están cualificados para ser autores.³³⁸

Algo semejante ocurriría con los delitos de simple actividad, en los que, al no haber causalidad, faltaría el presupuesto básico en el que se funda la concepción unitaria.³³⁹

Pese a todo lo expuesto, debe reconocerse que no hay argumentos definitivos que obliguen a rechazar radicalmente las formulaciones más recientes del concepto unitario de autor.³⁴⁰

2. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR. El concepto extensivo de autor parte, como las concepciones unitarias, de la teoría de la equivalencia de las condiciones: es autor todo el que pone una condición del resultado, cualquiera que sea su entidad, puesto que como todas las condiciones son del mismo valor y todas son causa del mismo, todos los que intervienen en el hecho contribuyen en la misma medida a su realización. La diferencia fundamental con las teorías unitarias se encuentra en que la existencia de normas legales que diferencian entre autoría y participación obliga a sus defensores a aceptar una distinción que conceptualmente, a su juicio, no existe. Tales normas son restricciones o limitaciones de pena, en cuanto limitan la extensión originaria del concepto de autor contenida en el tipo, haciendo que deban ser considerados partícipes y resulten castigados con menor pena quienes en realidad son autores. El problema fundamental para estas posiciones se presenta a la hora de establecer los criterios de distinción entre autores y partícipes. Puesto que por su aportación al hecho todos los intervinientes son autores, la diferencia con los partícipes es difícil establecerla en el plano objetivo, sobre la base de la importancia causal de la contribución respectiva; aunque no faltan quienes lo intentaron (las que podrían llamarse teorías “extensivo-objetivas”).³⁴¹

338 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit., pp. 316 - 318.

339 Mientras que los defensores del concepto unitario consideran un acierto del sistema el señalamiento de marcos legales idénticos para todos los intervinientes, dejando –en su caso– para la determinación de la pena la diferenciación entre unos y otros, los críticos advierten que ello genera inseguridad jurídica, en la medida en que deja al criterio del juez la valoración última, lo que puede hacer que sean juicios de peligrosidad o de la actitud interna del sujeto los que decidan la pena; cuestión que dependerá mucho de cómo esté regulado en cada derecho el sistema de atenuantes y agravantes; por eso es que es más conveniente establecer con carácter general un marco penal inferior para determinadas formas de participación (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 197).

340 De hecho, los últimos estudios sobre la concepción, reivindican su importancia, viéndolo como un sistema que merece atenta consideración, en vez de las descalificaciones globales de que usualmente ha sido objeto. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 200. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. pp. 197 y sgts.

341 Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 253 a 270. En todo caso, la dificultad de encontrar diferencias entre autores y partícipes en base a su aportación causal objeti-

La opción mayoritaria, no obstante, acude al elemento subjetivo (teorías subjetivas de la participación):³⁴² será autor quien, cualquiera que sea su aportación causal, actúa con *voluntad de autor (animus auctoris)*; será partícipe quien, también con independencia de la entidad de su aportación objetiva, actúa con *voluntad de partícipe (animus socii)*. La determinación concreta de quién actúa con *animus auctoris* y quién con *animus socii* se resuelve de distinta manera por las *teorías del dolo* y por las *teorías del interés*. Para las primeras, en el autor concurre una voluntad autónoma, independiente, mientras que el partícipe tiene una voluntad dependiente, supeditada y subordinada a la decisión que sobre la ejecución o no del hecho tiene el autor. Por su parte, la teoría del interés considera que interviene con *animus auctoris* quien tiene un interés propio en el hecho, mientras que lo hace con *animus socii* quien actúa en interés ajeno.³⁴³

En el fondo, el criterio extensivo responde al deseo de evitar tener que considerar partícipes a quienes merecen ser penados como autores, lo que hizo que la tesis alcanzara un importante predicamento en la jurisprudencia alemana.³⁴⁴

La doctrina, sin embargo, rechaza mayoritariamente la tesis, con objeciones que coinciden con las dirigidas al concepto unitario, ya examinadas, y a las que me remito.³⁴⁵

Específicamente a las teorías subjetivas, la crítica fundamental que se les hace que provocan una *subjetivación de la responsabilidad penal*, con lo que se contradice

vamente valorada –precisamente lo que en una concepción extensiva permite considerar a todos autores– es obvia y no requiere mayor comentario (sobre observaciones críticas, detalladamente, p. 272 a 287).

- 342 Sobre la evolución doctrinal y las distintas formulaciones ver, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 289 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. pp. 151 y sgts.
- 343 Para una exposición más detallada ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 46.
- 344 Jescheck, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 895. En ello influyó el tratamiento de los delincuentes nazis y el propósito de considerar autores a quienes daban las órdenes y cómplices a quienes las obedecían y en general la facilidad con que puede explicar la autoría mediata, dado que para nada importa la actividad objetiva de los sujetos (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 42).
- 345 Ver resumen de críticas en PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. pp. 263 a 270. Las tesis subjetivas están hoy prácticamente abandonadas por la doctrina, pues quienes se adscribían a sus postulados han acabado defendiendo la teoría del dominio del hecho. En la doctrina española, prácticamente no ha tenido seguidores significativos, aunque no faltan autores que acuden a criterios subjetivos como elemento complementario de la distinción entre autor y partícipe. Quienes han estudiado el tema con profundidad citan fundamentalmente a Silvela, y con más vacilaciones a Montes, Saldaña, Conde-Pumpido y Luzón Domingo; VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. pp. 131 y 132; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 47 y 48; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 302 a 306. La doctrina mayoritaria, sin embargo, es contraria a su admisión; entre otras razones, por considerarlas incompatibles con la regulación del Código (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 44 - 53; VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. pp. 116 y sgts.)

la estructura básica del moderno derecho penal, que se apoya en tipos delimitados de forma objetiva.³⁴⁶

Por lo demás, los criterios que se proponen para la distinción (querer el hecho como propio o como ajeno, *animus auctoris* o *animus socii*, “dejar al criterio de”, “someterse a la voluntad del autor”, etc.) se consideran “lemas sin contenido”, fórmulas vagas, sin capacidad para proceder a la delimitación.³⁴⁷

Una concepción de este tipo acabaría considerando autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho, si se estima que obraron con *animus auctoris*, mientras que serían cómplices quienes realizaron directa e inmediatamente todos los elementos del tipo, si se considera que lo hicieron con *animus socii*.³⁴⁸

Otro tanto sucede con la *teoría del interés*, que debe considerar partícipe a quien ejecuta el hecho de propia mano si lo hace para beneficiar a un tercero, lo que convierte a la tesis, como se ha dicho gráficamente, en “una doctrina de salvación para el asesino a sueldo”.³⁴⁹

En definitiva, puede concluirse, afirmando, con Gimbernat Ordeig,³⁵⁰ que “una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta”.

De carácter subjetivo es también la *teoría del acuerdo previo*, que viene utilizando tradicionalmente la jurisprudencia española para diferenciar entre autor y partícipe

346 JESCHECK, Hans. Ob. Cit. pp. 896 y 897; VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. p. 132. Buscar la diferencia entre autor y partícipe en la *actitud interna* del sujeto supone abandonar el plano del tipo para pasar a basar la distinción en la culpabilidad basada en el sentimiento, lo que choca con esos presupuestos. Sin olvidar que ello comporta recurrir a un elemento cuyas dificultades de prueba son evidentes.

347 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 50 y 51.

348 Así, tan gráfico como siempre, Gimbernat Ordeig, “Lo más probable es que el vigilante, que está fumando un cigarro durante la ejecución del robo y pendiente sólo de si se acerca algún extraño, no medite en absoluto sobre si tiene voluntad de ejecutar el hecho que realiza el otro o no. Es decir, lo más probable es que no tenga voluntad de autor ni de cómplice” (Ob. Cit. p. 49). La misma crítica hacen Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo (Ob. Cit. p. 823), y Mir Puig (“DERECHO...”, Ob. Cit. p. 356). Conforme a las teorías del dolo, incluso, podría llegarse a la paradoja de que hubiera hechos con partícipes y ningún autor (por ejemplo, si los dos intervinientes hubieran dejado “al criterio del otro” el que se lleve a cabo la ejecución (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 317).

349 Ello sin considerar que no es fácil encontrar supuestos en los que el sujeto no tenga directa o indirectamente algún interés en su consumación ni difícil hallar otros en los que el cómplice tenga más interés que el propio autor en la realización del delito (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 52).

350 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 53.

y que puede resumirse en el siguiente principio: cuando entre los intervinientes en un hecho hay un acuerdo previo o simultáneo, tácito o expreso, en virtud del cual cada uno de ellos tiene conciencia de que actúa en colaboración con los otros, todos son autores, con independencia de cual sea la entidad material de su colaboración al hecho. El criterio de que, si existe acuerdo previo, el acto del delincuente es un mero accidente de la acción conjunta, de forma que aunque su acción esté muy alejada del resultado, incluso aunque sea un acto preparatorio, debe responder como coautor, puesto que una vez puestos de acuerdo los delincuentes se dividen el trabajo y el que unos hagan una cosa u otra es algo casual que depende del puro azar, es un punto de partida inaceptable: lo importante a la hora de enjuiciar conductas es lo que el sujeto realmente ha hecho y no lo que *podía* haber hecho.³⁵¹

Como se ha puesto de relieve, en sus resultados la teoría del acuerdo previo llega a soluciones semejantes a las de las concepciones unitarias o extensivas de autor, por que acaba casi siempre convirtiendo a todos los intervinientes en autores.

Aunque en principio acepta la distinción entre autores y partícipes, el entendimiento del acuerdo entre los participantes (previo, simultáneo, tácito o expreso) hace que la categoría de los cómplices quede extremadamente reducida.

3. CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR. Frente a los criterios extensivos, partidarios de considerar autor a todos los que intervienen en el hecho, con independencia de la importancia de su contribución causal, un entendimiento restrictivo considera que sólo algunos de los que toman parte en el hecho son autores, porque no es lo mismo interponer una causa del resultado que realizar el tipo correspondiente. La mera aportación causal no convierte al sujeto, por tanto, en autor; bien porque *causación y realización del tipo no son conceptos equivalentes (teorías objetivo-formales) o bien porque, al margen de ello, se requiere una posición especial de control en quien tiene el papel protagonista en el hecho (teorías del dominio del hecho).*³⁵²

351 Si ese principio fuera válido ¿por qué limitarlo a la participación?: “La conducta no necesitaría ser típica para ser punible; bastaría para imponer la pena asignada a un delito que el tribunal llegase a la conclusión de que el sujeto muy bien hubiera podido actuar típicamente” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 79).

352 No trataré detenidamente las *teorías objetivo-materiales*, hoy prácticamente abandonadas (sobre su influencia en la doctrina española, reconociéndoles más peso del que tradicionalmente se le atribuye, PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. pp. 64 y sgts., 106 y sgts., 123 y sgts., 128 y 130) y que acuden a criterios relacionados con las teorías individualizadoras de la causalidad para identificar la figura del autor y establecer su distinción con los partícipes. La distinción entre causas y condiciones es la base de la diferenciación, tratando de identificar la que tiene una mayor significación en la producción del resultado. Básicamente, parten de la idea de que es autor quien coloca una causa del resultado y partícipe quien aporta una condición del mismo. Así, la *teoría de la necesidad*, conforme a la que sería autor quien interpone la condición más importante, la esencial para la producción del resultado (absolutamente insuficiente para establecer la distinción, puesto que, como se ha señalado,

Ello supone una interpretación *restrictiva* de los tipos, que sólo permitirían considerar autores a los que realizan la conducta que describen. Las normas que castigan las formas de participación son, pues, *extensiones de la punibilidad*, en la medida en que permiten exigir responsabilidad criminal a sujetos no comprendidos en los respectivos tipos delictivos y que sin tales ampliaciones quedarían impunes. Como consecuencia, la distinción entre autores y partícipes es obligada; con una particularidad, sin embargo: que la responsabilidad de los partícipes es accesoria de la del genuino autor.

3.1 TEORÍAS OBJETIVO-FORMALES. De forma general, puede decirse que las teorías *objetivo-formales* vinculan la determinación del concepto de autor con la descripción de la conducta típica: autor es el que realiza todos o algunos de los actos ejecutivos que integran la conducta típica; por el contrario, quienes realicen simples actos preparatorios serán cómplices.³⁵³

El fundamento de este criterio se encuentra en dos razones fundamentales. De una parte, en la idea de que quien realiza actos ejecutivos tiene la intervención más reprochable en el hecho, reveladora de una mayor peligrosidad y energía criminal y, por consiguiente, más grave; de otra, en el criterio de que las formulaciones típicas coinciden básicamente con el lenguaje ordinario y los criterios sociales de valoración de

en abstracto ninguna aportación es imprescindible para la producción del hecho, puesto que todo es sustituible, y en concreto todas son esenciales, puesto que ellas hacen que el suceso se haya producido precisamente de esa forma y no de otra, ver por todos, ANTÓN ONECA, José. Ob. Cit. p. 441; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 131 a 134); la de la causalidad directa, que considera autor a quien aporta la actuación que aparece más directamente relacionada con el resultado y partícipe a quien realiza una conducta cuya causalidad se apoya en la del autor (que encuentra graves dificultades para explicar la autoría mediata, que aparecería siempre identificada con la inducción y que debería ser considerada como forma de participación, puesto que la conducta del “hombre de atrás” se relaciona con la del ejecutor inmediato); la que atiende al papel preeminente que ocupa el autor y el subordinado del partícipe, etc. (para una exposición detallada, ver el autor citado en último término, p. 115 a 121; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 535 y sgts.). En el fondo, todas ellas adolecen del inconveniente que ya quedó señalado para la concepción unitaria y la extensiva y que, sin insistir, me limito a recordar: confundir el plano naturalista de la causalidad con el valorativo de la autoría: que haya relación entre un comportamiento y un resultado no es suficiente para decidir quién debe responder y en qué condición.

- 353 Ver una exposición detallada en: FIERRO, Guillermo. Ob. Cit. pp. 314 y sgts.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 19 y sgts. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 411 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Ob. Cit. pp. 209 y ss. Durante el primer tercio del siglo fue la doctrina dominante en Alemania, hasta la consolidación de la teoría del *dominio del hecho*, hoy tan mayoritaria que puede considerarse abandonada la concepción objetivo-formal. En España sigue siendo defendida por un nutrido sector doctrinal, compartiendo defensores con la teoría del *dominio del hecho*, siendo ambas las posiciones dominantes. Partidarios de la misma, con los matices que después se detallan, y por citar sólo algunos son: ANTÓN ONECA, José Ob. Cit., pp. 433-435. VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. p. 119.

conductas, y tanto uno como otros atribuyen la mayor gravedad a los actos ejecutivos y la mayor responsabilidad a quienes los realizan.³⁵⁴

De acuerdo con ello, y en la que podría llamarse formulación *tradicional*, autor es quien realiza todos o sólo parte de los actos ejecutivos que integran la conducta típica; quien “toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera sea parcialmente, el injusto tipificado por la ley”.³⁵⁵

Frente a este criterio, otro sector doctrinal, desarrollado a partir de las aportaciones de Gimbernat Ordeig³⁵⁶ y Rodríguez Mourullo,³⁵⁷ considera que autor en sentido estricto es todo aquel que realiza íntegramente la figura de delito; aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo de la parte especial.³⁵⁸

La diferencia entre una posición y otra tiene mucho que ver con el concepto que se maneje de actos ejecutivos y actos típicos³⁵⁹ y no está exenta de críticas. La principal

354 Como pusiera de manifiesto Gimbernat Ordeig ninguna de esas razones pueden aceptarse sin matices. En lo que se refiere a la mayor peligrosidad, porque, aun sin desconocer su importancia como criterio interpretativo, existen tantos criterios para decidir la reprochabilidad de una conducta que no es posible partir de ellos para llegar al concepto de autor. La reprochabilidad constituye en realidad una “instancia de control”, en el sentido de que en general la voluntad objetiva de la ley tiene que ser considerar autor a quienes realizan comportamientos en abstracto más reprochables que los que integran la complicidad, pues sería absurdo que castigara con mayor pena lo que considera menos reprochable; todo ello sin perjuicio de que en el caso concreto, debido a los factores concurrentes, la actuación del cómplice presente una culpabilidad mayor que la del autor. Tampoco es cierta la segunda razón, porque quien en el lenguaje ordinario merece la consideración de autor es el que realiza la acción consumativa y no quien realiza un simple acto de ejecución, como defiende la teoría. Y preciso es convenir con la doctrina mayoritaria en que en cuestiones como ésta la apelación directa a criterios sociales es inaceptable: ni los conceptos vulgares tienen la precisión suficiente para delimitar los conceptos jurídicos de autor y partícipe, ni los criterios de valor utilizados por la sociedad coinciden con las valoraciones jurídicas, que tienen que atender a elementos que escapan a las actitudes sociales (Ob. Cit. pp. 25 a 33).

355 COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. pp. 572 y 573. El entendimiento de cuándo se realiza el tipo varía, sin embargo, de unos autores a otros, según que se considere suficiente la realización de actos ejecutivos o se reclame directamente la realización de actos típicos, y aún dentro de éstos, entre quienes piden la realización de todos o sólo de algunos de ellos.

356 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 215 a 219 y 299.

357 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “EL AUTOR MEDIATO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1969, p. 461. “Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva” (la bastardilla es textual).

358 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, José M. - SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE GENERAL”, 17ª Edición, Editorial Akal, Madrid, 1994, pp. 796 y 797.

359 En el fondo, la diferencia entre realizar actos ejecutivos y realizar el tipo se encuentra en la dis-

de ellas es la imposibilidad de explicar la autoría mediata; objeción que explica en gran medida el abandono de la tesis en Alemania y su franco retroceso en España.³⁶⁰

Y es que si autor es quien lleva a cabo actos ejecutivos o realiza el tipo, no es fácil considerar como tal a quien, en principio, se considera que no lleva a cabo por sí

tinción entre acto típico y acto de ejecución, de forma que la extensión del concepto de autor dependerá del concepto de acto ejecutivo que se maneje, bien limitado a actos directamente descritos en el tipo o, en un sentido más amplio, comprendiendo también los previos unidos a ellos de forma inseparable. Optando por la primera posibilidad, la postura *tradicional* se acerca a la de quienes entienden que autor es quien realiza una conducta directamente subsumible en el tipo, pues ello equivale a decir que autor es quien realiza la conducta típica (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 457, nota 157). Cobo del Rosal y Vives Antón parten de un concepto amplio de acto ejecutivo, según el cual la acción ejecutiva puede comenzar antes del “acto concreto al que de manera inmediata hace referencia la formulación típica” (COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. p. 573). Vives Antón por su parte, considera que toda acción ejecutiva es típica, aunque no esté expresamente descripta en el tipo (VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit. p. 174). En ambos casos se acepta, pues, la idea, iniciada en Beling, de que ejecución equivale a realización del núcleo típico y que acción de tentativa es aquella de la que se puede decir, sin más, que cumple el tipo (matar, tomar, etc.). Gimbernat Ordeig, en cambio, considera que no todo acto de ejecución es un acto típico: el comienzo de ejecución no es ya acción típica. La tentativa y la frustración son causas de extensión de la punibilidad porque hacen posible castigar acciones que no son típicas, que no son subsumibles en los tipos de la parte especial (disparar sobre otro fallando es una acción ejecutiva, pero no típica en el sentido del art. 407, Cód. Penal español, puesto que falta el *muerto*; meter la mano en el bolsillo es un acto ejecutivo, pero no es típico del art. 514, Cód. Penal español, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. p. 104). Lo correcto es distinguir entre acción típica y comienzo de la ejecución, considerando que la acción que da comienzo a la ejecución es la que se halla indisolublemente unida con el comportamiento descrito en la figura delictiva de la parte especial; en otras palabras: “acto de comienzo de ejecución es aquel que, sin ser típico, se halla vinculado necesariamente a la acción típica” (p. 105). De esta forma, la ejecución comienza antes de que el sujeto empiece a actuar típicamente, antes de que realice el primer elemento del tipo; acción de comienzo de la ejecución es aquella que precede inmediatamente a la típica y se halla unida a ella en una íntima conexión (p. 106, ejemplos de actos ejecutivos no típicos: quitar el seguro del arma antes de disparar; apoyar la escalera en la pared antes del escalamiento). Ello también vale para los delitos de simple actividad, por lo que es falsa la idea de que en ellos no cabe la tentativa (p. 106). También parte de la idea de que acción ejecutiva es más amplia que acción típica o acción consumativa (Córdoba Roda - Rodríguez Mourullo, Ob. Cit. Tomo I, p. 827). Por eso que considerando que la autoría es realización de actos típicos se mantiene un concepto de autor más restringido que cuando se piensa que basta la realización de actos de ejecución.

360 JESCHECK, Hans. Ob. Cit. p. 896; MIR PUIG, Santiago. “DERECHO...”, Ob. Cit. p. 357; GÓMEZ BENÍTEZ, José MARÍA. “TEORÍA...”, Ob. Cit., p. 123. La objeción de que es una teoría excesivamente indeterminada, dadas las dificultades que presenta la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, no tiene sentido; entre otras razones porque ésa no es una distinción que *invente* la teoría objetiva-formal, sino que viene obligada por la propia ley penal, de manera que cualquiera que sea el concepto de autor que se maneje, la distinción habrá de hacerse (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 34 - 35).

ninguno de ellos. Los propios partidarios de la teoría, conscientes de la seriedad de la objeción, intentaron varias soluciones para salvarla: apelar al sentido de las palabras, considerando que la conducta del autor mediato entra casi siempre sin problemas en el verbo típico; acudir a la idea del instrumento, considerando que al utilizar la actividad de otro el autor mediato *ejecuta* a través de él el delito; mantener que el autor mediato también ejecuta la acción típica; prescindir de la autoría mediata para incluir todos los supuestos de ese tipo en la inducción y, en fin, operar con dos criterios distintos de autor: generalmente el que realiza un acto ejecutivo, pero también el que, sin ejecutar, ha sido la causa del resultado producido.³⁶¹

Descartadas como solución a las críticas el recurso a la inducción o la utilización de dos distintos conceptos de autor, que son efectivamente inviables,³⁶² la posibilidad que estudiaremos detenidamente es la de si al utilizar a otro como instrumento el autor mediato *ejecuta* o no. De ello trataremos en la autoría mediata. Parecidas críticas se hacen en relación con la coautoría, entendiendo que la teoría objetivo-formal es incapaz de explicar supuestos como el del “jefe de la banda”, y, en general, cuando el interviniente principal no realiza acciones ejecutivas o realiza sólo algunas de ellas. De ello nos ocuparemos también al tratar de la coautoría, aunque puede adelantarse ya que tales objeciones no son correctas, pues en los ejemplos que habitualmente se citan lo que hay, en realidad, son contribuciones de distinta importancia, que permiten explicar perfectamente por qué en cada caso uno de los intervinientes es autor y el otro cómplice.³⁶³

361 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 35 a 41; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 474 y 475.

362 Como ya pusiera de manifiesto Gimbernat Ordeig (Ob. Cit. pp. 37 a 40). La de la inducción, porque hay supuestos que no son en modo alguno reconducibles a ella y en los que o existe autoría mediata o no existe nada, con lo que el agente –inadmisible como es la analogía– quedaría impune. Del mismo modo, es inaceptable utilizar dos distintos conceptos de autoría, uno cuando se trata de diferenciarla con la complicidad (autor = ejecutor) y otro cuando se trata de explicar la autoría mediata (autor = el que causa) (pp. 39 y 40).

363 Los ejemplos que más frecuentemente se citan son el del veneno o el apuñalamiento. En el primero, A, que de acuerdo con B, quieren matar a C, le administra veneno en la sopa, mientras B distrae a C para que no advierta el raro sabor de la misma (conforme a la teoría objetivo-formal, A, sería autor –realiza actos ejecutivos– y B, cómplice). En el segundo, A entrega a B el puñal que éste clava en el pecho de la víctima, que está siendo sujeta por C (B, sería autor y A y C, cómplices) (ver por todos, JESCHECK, Hans. Ob. Cit. T. II Pág. 894; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 481). Otro tanto ocurriría cuando sólo uno de los intervinientes realiza un elemento del tipo: si A y B entran en un piso, A toma las cosas, mientras B vigila, conforme a la teoría objetivo-formal A sería autor (realiza una acción típica) y B cómplice; sin embargo, si, en idéntico supuesto, ambos han entrado mediante escaló, tanto A como B serán coautores. Más aún, si, por razones de conveniencia, deciden que B vigile de un lado u otro de la valla, B será cómplice o autor, según que escale o no la misma. En estos casos, se dice, la valoración de si un sujeto es coautor o no, no puede depender de cuestiones meramente coyunturales que realmente no inciden en el papel que el sujeto tiene realmente en el hecho, y que es lo que debe decidir si es o no coautor. Otro

Junto a ello, se resaltan las dificultades que encuentra la teoría objetivo-formal en los *tipos resultativos*, en los que la falta de descripción de medios típicos de causalidad del resultado prohibido impediría distinguir entre autoría y causalidad, determinando una indeseable extensión del concepto de autor.³⁶⁴

3.2 TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO. La teoría del dominio del hecho constituye, junto con la objetivo-formal, la que cuenta con mayor número de partidarios en la doctrina alemana, española³⁶⁵ e incluso nacional. De acuerdo con ella, es autor quien tiene el dominio del hecho, quien decide sobre los aspectos fundamentales de la ejecución del delito. La concreción exacta de cuándo y quién tiene el dominio del hecho, que constituye el centro de la teoría, aparece, sin embargo, con distintos matices en cada uno de sus partidarios, lo que hace imposible una exposición detallada de los mismos.

En la doctrina española prácticamente se han reproducido las posiciones más significativas mantenidas en la doctrina alemana, que constituye el punto de referencia central en esta materia.³⁶⁶

tanto sucedería cuando para alcanzar la fruta del árbol ajeno A sube encima a B, supuesto en el que A no *toma* la fruta y no sería autor porque no realiza actos ejecutivos (MIR PUIG, Santiago. "DERECHO...", Ob. Cit. p. 393). Sin embargo, como advierte Díaz y García Conlledo ni la conducta de quien entretiene a la víctima para que no se percate de la presencia del veneno es la misma que la de quien se lo suministra, ni la de quien entrega el puñal o la sujeta es igual a la de quien la apuñala. Tampoco las conductas de quien escala o no escala son idénticas; en este caso, porque, con acierto o sin él, la ley quiere que sean objetivamente distintas, y considera que la de quien toma y además escala es más grave que la de quien sólo toma, diferenciación que permite considerar distinto el papel de unos y otros en el hecho (p. 482 a 484).

364 JESCHECK, Hans. Ob. Cit. Pág. 895; MIR PUIG, Santiago. "DERECHO...", Ob. Cit. p. 357; GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit. p. 122.

365 Así, por citar sólo los casos más representativos: CÓRDOBA RODA, Juan. "NOTAS AL TRATADO DE DERECHO PENAL". En: MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, Tomo II, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, pp. 309 a 312 (desde posiciones finalistas); CERZO MIR, José. "LA POLÉMICA EN TORNO AL CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOLA, Y AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE Y EN EL FUTURO CÓDIGO PENAL". En: *Problemas fundamentales del derecho penal*, Editorial Pons, Madrid, 1982, pp. 172, 173, 337 y 338, respectivamente (también desde el finalismo); GÓMEZ BENÍTEZ, José M. "EL DOMINIO DEL HECHO EN LA AUTORÍA (VALIDEZ Y LÍMITES)". En: *ADPCP*, Madrid, 1984, pp. 104 y sgts. Con matices personales: MIR PUIG, Santiago. "DERECHO...", Ob. Cit. pp. 355 y sgts.; LUZÓN PEÑA, Diego M. "DERECHO PENAL DE LA CIRCULACIÓN", Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 95, y "LA DETERMINACIÓN OBJETIVA DEL HECHO. OBSERVACIONES SOBRE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DOLOSOS E IMPRUDENTES DE RESULTADO". En: *ADPCP*, Madrid, 1989, pp. 889 y ss. Limitadamente: SÁINZ CANTERO, José. "LECCIONES DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona, 1990, p. 817 (en combinación con el criterio objetivo-formal), por todos. Es también la posición dominante en la doctrina alemana (sólo para los delitos dolosos).

366 CERZO MIR, José. ("LA POLEMICA...", Ob. Cit. pp. 172 y 173), en los términos de WELZEL, Hans. ("DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", traducción de Fontán Balestra, Editorial

A los efectos que ahora interesa, basta poner de manifiesto la ambigüedad con que se aborda la vinculación entre dominio del hecho y realización del tipo. Para la autoría inmediata, mientras que en unos casos el dominio del hecho se vincula de forma más o menos precisa con la realización del tipo, considerando que quien lo realiza tiene siempre el dominio del hecho,³⁶⁷ en otros se mantiene el dominio del hecho incluso cuando el sujeto no haya realizado el tipo o alguno de sus elementos.³⁶⁸ La autoría mediata también se fundamenta en el dominio del hecho, siendo con relación a ésta, se dice, donde la teoría alcanza sus mejores éxitos, al superar sin dificultad los obstáculos que encontraba la teoría objetivo-formal.³⁶⁹

Depalma, Buenos Aires - Argentina, 1956, p. 104), como consecuencia de la teoría del injusto. Córdoba Roda (*Notas al tratado de derecho penal*, pp. 310 y 311) del mismo modo, reproduce las tesis de Maurach (pp. 307 a 309), vinculándolo al concepto de acción final. Gómez Benítez (*Teoría jurídica del delito*, p. 124 y 125, y *El dominio del hecho*, p. 103 y ss.) por su parte, es quien mejor representa las tesis de Roxin (en cuya obra *Täterschaft und tatherrschaft*, fundamental en tema de autoría y participación, se hace la formulación más acabada e influyente de la teoría del dominio del hecho. Básicamente de las tesis de Jescheck (*Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, p. 897), parte Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, p. 355 y 356, aunque su tesis coincide en gran medida con los criterios de Roxin).

- 367 Como ejemplos más claros pueden citarse a Jescheck, "Sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho"; en todo caso, la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría (Ob. Cit. p. 897); Mir Puig, siempre es autor quien realiza por su propia mano los elementos del tipo; para ser autor es preciso reclamar "la pertenencia exclusiva o compartida del hecho"; y el hecho no pertenece a todo aquel que puede interrumpir su ejecución, sino que la autoría supone que el hecho es imputable al sujeto "como suyo": eso ocurre en el ejecutor material individual, cuando es el único causante al que puede imputarse el tipo ("DERECHO...", Ob. Cit. pp. 355 y 356).
- 368 Autor es "quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin", aunque también le corresponde a quien realiza un elemento del tipo (WELZEL, Hans. Ob. Cit. p. 104); "El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo" (CERZO MIR, José. Ob. Cit. pp. 172 y 173); autor es quien ostenta el dominio del acto (CÓRDOBA RODA, Ob. Cit. pp. 310 y 311); conforme al criterio de Roxin, en la autoría única inmediata el dominio del hecho corresponde a quien tiene el "dominio de la acción", que pertenece a quien realiza de propia mano el tipo; autor es quien "realiza el tipo", "realización" que hay que entender como "tener en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica, es decir, dominar el curso o realización del hecho"; en el bien entendido de que el tipo lo realiza "tanto el que ejecuta la acción típica en sentido objetivo-formal como el que no la ejecuta en ese sentido, pero tiene también el dominio de su realización" (GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit. p. 116).
- 369 El autor actúa como mediador en el acto, mediante la interposición de un instrumento humano (WELZEL. Ob. Cit. pp. 105 y ss.; MAURACH, Ob. Cit. Tomo II, pp. 309 y ss.); CÓRDOBA RODA, Ob. Cit. Págs. 310 y 311; GÓMEZ BENÍTEZ, José. Ob. Cit. p. 116; el tipo puede realizarse también por quienes aún no realizando una acción típica en sentido formal hacen algo equivalente desde el punto de vista valorativo; eso ocurre en los casos de autoría me-

Lo peculiar de la coautoría es, en cambio, el dominio funcional: es coautor todo interviniente cuya aportación constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, o lo que es lo mismo, aquél con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa.³⁷⁰ Se trata de un co-dominio del

diata, en los que el “hombre de atrás” mediante su *prevalencia* consigue un dominio del hecho equivalente a la comisión directa (JESCHECK, Ob. Cit. Pág. 897); el hecho pertenece al autor mediato porque el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia al “hombre de atrás”, que es el verdadero autor (MIR PUIG, Santiago. “DERECHO...”, Ob. Cit, pp. 355 y 356). Más o menos expresamente, todas las posiciones parten del criterio del dominio de la voluntad formulado y desarrollado por Roxin. Contra lo que sucede con el dominio de la acción propio de la autoría directa, el autor mediato no fundamenta su dominio en la ejecución inmediata de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”, que se produce básicamente en cuatro casos: cuando se utiliza la coacción, cuando se crea o utiliza un error en el mediador, cuando se utiliza a jóvenes e inimputables y cuando el control de la voluntad se produce a través de aparatos organizados de poder (para una exposición detallada, GÓMEZ BENÍTEZ, José. “EL DOMINIO...”, Ob. Cit. pp. 108 y ss., y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. pp. 594 a 596). Especialmente interesante es la fundamentación de la autoría mediata en el caso de los aparatos organizados de poder (ver por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, José. “TEORIA...”, Ob. Cit. pp. 131 y 132, que incluye estos casos también en la autoría mediata, como Roxin, y no dentro de la coautoría, como la posición mayoritaria, pues ello supondría admitir que el jefe-coautor no tendría que intervenir en la fase de ejecución, tesis que no comparte). En este tipo de supuestos, en los que la autoría mediata no puede fundamentarse conforme a los criterios tradicionales –puesto que el mediador no actúa ni en una situación de error o amparado por una causa de justificación, sino con libertad y, por tanto, responsablemente– se acude a las peculiaridades de este tipo de organizaciones, caracterizadas por la fungibilidad del ejecutor: el “hombre de atrás” puede confiar en que la orden será cumplida sin necesidad de conocer al ejecutor y sin necesidad de recurrir a coacción o error alguno. Los ejecutores son sujetos anónimos e intercambiables, que aunque dominan la acción que personalmente realizan, aparecen como piezas de una maquinaria que controla el “hombre de atrás”. Como consecuencia, será autor quien puede dictar a sus subordinados órdenes relativos a la realización de hechos punibles, lo que dará lugar a una larga cadena de “autores detrás de autores” cuyo primer eslabón será el responsable máximo de la organización del que parte la orden. Cómplices serán quienes no maniobran independientemente del funcionamiento del aparato (asesores, proporcionar instrumentos para el delito) (críticamente Gimbernat ORDEIG, Enrique. Ob. Cit. pp. 178 a 181, comentando el caso “Eichmann”).

- 370 Teniendo en cuenta que si hubiera varios intervinientes y cada uno de ellos realiza todos los elementos del tipo, lo que se produce es una “co-ejecución” o un “co-dominio”, y no una coautoría, que se refiere a los casos en que ninguno de los intervinientes realiza por sí todos los elementos del tipo y en los que sólo concurre un “dominio funcional” del hecho (MAURACH, Reinhart. Ob. Cit. pp. 309 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “TEORIA...”, Ob. Cit. p. 116); en la coautoría todos los intervinientes deben ser cotitulares de la decisión común de realizar el hecho y aportar una contribución objetiva importante para el resultado que no constituya un acto preparatorio. No obstante, en la coautoría mediata la “distribución de funciones” puede hacer que baste una contribución que formalmente no entre en el ámbito de la acción típica: bastará con que constituya una parte necesaria de la ejecución del plan global,

hecho, en virtud del cual cada coautor posee algo más que el dominio de su porción de hecho, aunque dirige el acontecimiento sólo junto con otros. Sobre estas bases, los elementos de la coautoría que fundamentan el dominio funcional son tres: el plan común o nexo subjetivo que debe existir entre los coautores, la esencialidad de la contribución³⁷¹ y, según algunos partidarios, como Díaz y García Conlledo, que la intervención se produzca en fase ejecutiva.³⁷²

según una adecuada “división del trabajo” (dominio del hecho funcional) (JESCHECK, Ob. Cit. p. 897); son coautores quienes intervienen en la ejecución, y “no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva”; “a todos ellos ‘pertenece’ el hecho, que es ‘obra’ inmediata de todos, los cuales ‘comparten’ su realización al distribuirse los distintos actos por medios de los cuales tiene lugar”; en definitiva: coautores son los que ejecutan y los que aportan una parte esencial del plan durante la ejecución (MIR PUIG, Santiago. “DERECHO...”, Ob. Cit. p. 416). Sobre la tesis de Roxin en particular, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Ob. Cit. pp. 597 y 598. Otros entendimientos del dominio del hecho en la coautoría pueden verse en GIMBERNAT ORDEIG, Ob. Cit. pp. 141 a 146.

- 371 El plan común entre los intervinientes se concibe generalmente como un dolo común, sin que necesite de un detallado plan o un acuerdo previo. El segundo elemento, la esencialidad de la contribución, concurre, según la conocida fórmula de Roxin, cuando el concreto interviniente, retirando su contribución al hecho, puede desbaratar todo el plan. Es esencial la contribución que “bien condiciona la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su realización” (Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 132). La esencialidad dependerá de la función asignada a cada uno en el plan delictivo, según que la realización del mismo dependa o no de su contribución (Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española*, p. 177 y 178).
- 372 Conforme a este último requisito mantenido por algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho, quien actuara en fase preparatoria no podría tener el dominio del hecho porque llega un momento en que tiene que dejar en manos de otro la realización del delito; así, CEREZO MIR, José. Ob. Cit. pp. 176 y 177. El dominio funcional no acoge nunca a los meros preparadores del hecho, porque la realización del hecho depende de la iniciativa y decisiones del que actúa directamente. Ello tiene especial importancia a la hora de decidir el dominio del hecho del jefe de la banda, para el que se exige que el organizador manifieste su labor de dirección en la ejecución del hecho, excluyendo al mero “organizador- preparador”; es preciso, pues, que lleve a cabo la dirección de la ejecución o que asegure su realización mediante su presencia activa en el lugar de los hechos (GÓMEZ BENÍTEZ, José. Ob. Cit. pp. 129 y 130). El jefe de la banda será mero inductor si no participa en la ejecución del delito, según expresa Cerezo Mir. Como advirtiera Gimbernat Ordeig, criticando el criterio de Roxin, de donde procede la exigencia, la exclusión supone una contradicción con el criterio mantenido para afirmar la coautoría (coautor es quien puede desbaratar el plan si no lleva a cabo su aportación), pues en determinados supuestos quien realiza sólo actos preparatorios puede tener esa facultad (Ob. Cit. pp. 149 y 150). La exigencia, como hace notar Díaz y García Conlledo, en realidad, responde a la intuición de los propios partidarios de la teoría del dominio del hecho de que con ella se extiende desmesuradamente el concepto de autor; razón por la que tratan de limitarlo acudiendo a la necesidad de que la aportación del sujeto se produzca en fase de ejecución (Ob. Cit. p. 674).

Tampoco hay coincidencia plena en cuanto a la naturaleza del dominio del hecho, aunque la posición mayoritaria coincide en considerarlo objetivo-subjetiva,³⁷³ requiriendo circunstancias fácticas que otorguen efectivamente al sujeto el control del hecho (objetivas: independientes de lo que él crea o quiera) y el conocimiento de la existencia de esas condiciones que le otorgan el dominio (unas veces entendidas como dolo, otras como simple conocimiento o conciencia de su concurrencia).

Las críticas que se han hecho a la teoría del dominio del hecho son muchas y muy variadas, sin que prácticamente ninguna de sus variantes esté libre de objeciones. La principal es, a mi juicio, la desvinculación que se produce con la regulación legal, en ocasiones reconocida de forma palmaria.³⁷⁴ Y, desde luego, cuando se desvincula el dominio del hecho de la realización típica, no queda más remedio que, o conectar el concepto de autor y del dominio del hecho a ideas prejurídicas o valoraciones sociales –que son las que permiten decir, efectivamente, que el verdadero autor es el “hombre de atrás” y no quien materialmente realiza el tipo–,³⁷⁵ o ampliar el sentido de los tipos hasta permitir considerar autor a quien no realiza ningún elemento del mismo, con tal de que tenga el dominio del hecho, lo que aleja a estas posiciones del concepto restrictivo de autor y las aproxima a uno extensivo, dejando en manos del intérprete, y no de la ley, decidir quién es autor.

En realidad, la teoría del dominio del hecho ignora las previsiones legales para construir el concepto de autor al margen del derecho vigente, en base a una idea no

373 Exigiendo que el sujeto sea consciente de su posición (MAURACH, Ob. Cit. pp. 309 y 310); JESCHECK, Ob. Cit. p. 898; MIR PUIG, “DERECHO...”, Ob. Cit. p. 394. Aun reconociendo que sin dolo no existe dominio del hecho, estima que se trata de una teoría exclusivamente objetiva: “El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía”. Aunque es preciso que el titular de dominio sepa que lo tiene, no es ésta una teoría subjetiva en el sentido en que este término se utiliza en la participación, en el sentido de que la condición del sujeto depende del ánimo con el que actúe, dado que aquí esa circunstancia es indiferente (GIMBERNAT ORDEIG, Ob. Cit. pp. 126 y 127). En términos parecidos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Ob. Cit. pp. 576 y sgts.

374 CEREZO MIR, José. Ob. Cit. pp. 172 y 173. “Las personas que en los delitos comunes dolosos no dominan el hecho, aunque intervengan en él de determinadas formas, no son autores, sino partícipes, por mucho que el Código Penal *considere* autores a algunos de ellos” (GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. Cit. p. 115).

375 Lo que resulta inadmisibles porque, como señala Vives Antón: “la afirmación de que es autor quien tiene el dominio del hecho, no puede reclamar validez objetiva alguna, con independencia del derecho positivo; en primer lugar, porque la estructura de la realidad no vincula al legislador, y en segundo lugar, porque no se trata de una afirmación acerca de la realidad, sino acerca del mundo de los valores. Autoría, según se ha dicho, no es realización de un acontecimiento natural, sino realización del injusto, y sólo la ley puede determinar qué conductas realizan el injusto típico” (Ob. Cit. p. 141).

definida legalmente. En algunas de sus formulaciones, como se ha visto, si el sujeto no tiene el dominio del hecho ni siquiera la realización del tipo da lugar a la autoría, lo que no puede dejar de sorprender si se considera que precisamente a quien se castiga directamente es a quien realiza la conducta típica, por lo que, al menos en ese caso, el reconocimiento de la condición de autor resultaría imprescindible.³⁷⁶

Desde luego, son inaceptables fórmulas como la del dominio negativo, en los términos de Maurach,³⁷⁷ que resultan insuficientes para definir el concepto de dominio del hecho; sencillamente porque la posibilidad de detener o interrumpir la realización del tipo puede corresponder no sólo al autor, sino a cualquiera de los partícipes (cómplice que advierte al dueño de la cosa) o, incluso, a un tercero no interviniente.³⁷⁸

Si lo que define la condición de autor es el tener el dominio del hecho y no el realizar el tipo, se puede ser autor inmediato sin realizar por sí acto ejecutivo o típico alguno, con lo que no resulta nada fácil (ni necesario) distinguir entre autor inmediato y autor mediato, que también tiene el dominio del hecho y no realiza acto ejecutivo alguno.

La teoría del dominio funcional del hecho como explicación de la coautoría, en fin, no se considera aceptable por tres razones fundamentales:³⁷⁹

1. porque ofrece fórmulas demasiado amplias, que pueden servir para fundamentar cualquier calificación de la conducta corresponde con un concepto auténticamente restrictivo de autor;
2. porque acaba en los intervinientes en el hecho; y

376 Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel. "AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (ARTS. 27, 28 Y 29 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)". En: *Comentarios al Código Penal español*, Tomo. III, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 200 y siguientes.

377 "Dominio del acto es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico; esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo". Tal posibilidad la tiene "todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo" (MAURACH, Reinhart. *Ob. Cit.*, t. II, p. 307 y 308).

378 Crítica generalizada; así, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "AUTOR...", *Ob. Cit.* p. 129; incluso por los propios partidarios de la teoría como Mir Puig. Lo mismo puede decirse de fórmulas como la de la voluntad de dominio del hecho o dominio potencial del hecho, porque ni querer dominar el hecho ni tener posibilidad de dominarlo es lo mismo que el dominio efectivo, que es, en realidad, lo que importa; para mayor detalle, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Ob. Cit.* pp. 598 a 604.

379 No obstante, considera que el criterio del dominio del hecho es un buen principio rector que sirve para confirmar la idea de que el autor mediato no contribuye a realizar el injusto que lleva a cabo otra persona sino que es él mismo el que lo realiza, sirviéndose de otra persona (RUIZ ANTÓN, *Ob. Cit.* pp. 160 y 161).

3. porque determina una ampliación de los tipos que no se suponiendo un simple dominio negativo, insuficiente –como se ha visto– para caracterizar la autoría; y ello porque quien aporta una condición esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga, pero simplemente por ello no está en condiciones de decidir positivamente con su actuación que el hecho se realice.

Por otra parte, la teoría del dominio funcional conduce a un concepto de coautor demasiado amplio que no se corresponde con la regulación del Código. Desde el momento en que puede ser coautor quien tenga el dominio funcional, aunque no intervengan en la ejecución directa del hecho, se ignora la figura de la cooperación necesaria, prevista en nuestro derecho –no así en el alemán– precisamente para comprender colaboraciones de este tipo.³⁸⁰

En el fondo, como resumiera Gimbernat Ordeig, los problemas de la teoría del dominio del hecho surgen porque en ella se parte del principio falso de que el autor no está definido en el Código: “Convencida de que goza de una libertad absoluta, la teoría del dominio del hecho es un intento de establecer cuáles son aquellas conductas delictivas que, desde un punto de vista de justicia material, son totalmente equiparables a las definidas en el tipo. Pero esta libertad no existe”.³⁸¹

4. TOMA DE POSTURA. Después de lo dicho, poco queda que agregar sobre el concepto de autor que considero más apropiado. Nada añadiré a las críticas hechas a los conceptos unitarios y extensivos, que deben rechazarse. Por el contrario, me parece preferible un concepto restrictivo, en el que se considere que el autor viene recogido directamente en el tipo correspondiente de la parte especial. Entre otras razones, porque resulta poco lógico entender que quien ha de realizar el injusto típico no esté comprendido en la descripción legal, que resultaría, así, una proposición impersonal.

Como consecuencia, las normas que con carácter general se refieren a la autoría y a la participación son normas extensivas, necesarias para abarcar a quienes no están incluidos en el tipo y cuya responsabilidad es accesoria de la del autor principal.

El punto de partida del que arrancan las teorías objetivo-formales al entender que autor es quien realiza la conducta típica es correcto; pero resulta, por una parte, insuficiente, porque deja sin explicar el porqué de ello; por otra, demasiado amplio, porque al considerar autor a todo el que realiza un acto ejecutivo o un acto típico, no se corresponden bien con un entendimiento auténticamente restrictivo de la autoría.

Las teorías del dominio del hecho ofrecen, a mi juicio, todavía peores resultados; aunque más no sea porque, al menos en nuestro derecho, no puede construirse un concepto de autor de espaldas a la regulación legal.

380 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 676.

381 RUIZ ANTÓN, Ob. Cit. p. 172

Por todo ello, me parece preferible concebir la autoría en los términos del dominio positivo del hecho, que a continuación explicaremos.

La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (que pretende abarcar delitos dolosos e imprudentes), iniciada por Luzón Pena y desarrollada por Díaz y García Conlledo, presenta varias bondades, al señalar que lo característico de la autoría es un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y efectivamente lo hace.³⁸²

Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero poder o capacidad de impedir o contener el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial o negativo o, más simplemente *dominio negativo*, característico de una simple forma de participación como la cooperación necesaria. Asimismo, presenta como ventaja fundamental la mejor delimitación del tipo, producida por el principio de accesoriedad limitada, en donde, al considerarse que la conducta de autoría sólo es la que más directamente ataque la norma directa de prohibición (o mandato) de conductas contenidas en cada tipo de delito (solo esa conducta merece y necesita el más alto grado de responsabilidad).

Sin embargo, toda teoría debe pasar la prueba de fuego, dada por las circunstancias que pasan en la realidad y no sólo en la mente del dogmático. Al respecto, analizaremos los resultados que arroja la aplicación de la teoría del dominio positivo del hecho formulado por Díaz y García Conlledo en los casos de coautoría aditiva y coautoría alternativa.

El primer grupo de casos consisten, básicamente, en aquellos casos en los que la consumación del hecho no es producto de todas y cada una de las acciones de quienes intervienen, sino que es resultado de la suma del efecto de todas o tan sólo de una parte de ellas;³⁸³ así tenemos el caso que, A, B, C y D disparan sobre E, pero sólo uno de ellos acierta al dar en el blanco.

Frente a esta constelación de casos, la doctrina alemana defiende la calificación de coautores de delito consumado para todos los actuantes: Roxin, Herzberg, Seel-

382 La expresión española *determinación objetiva del hecho (o del curso del hecho)*, debe entenderse precisamente como *objektives bestimmen u objektive bestimmung o dtermination der tat* en el mismo sentido en que por ejemplo Welzel hablaba de supradeterminación (no al hecho sino del hecho). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "DOMINIO FUNCIONAL, DELIMITACIÓN POSITIVA", p. 306.

383 OLMEDO CADENETE, Miguel. Ob. Cit. pp. 234 y sgts. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "AUTORÍA...", Ob. Cit. pp. 685 a 688.

mann, Maurach y Gössel, Bloy y Bottke; en cambio, niegan esa calificación Schmidhauser, Jakobs y Stein.³⁸⁴

Los que defienden la coautoría, lo hacen al estimar la presencia de un dominio funcional del hecho, pues han elaborado un plan común, así como, cumplen una función de importancia durante la ejecución; asimismo, otros consideran la presencia de un dominio del hecho colectivo (Maurach y Gössel), dominio configurativo (Bottke) e igualdad de rango (Herzberg).

Por otro lado, el segundo grupo de casos, consiste en la ejecución de una infracción penal en la que, ante la posibilidad de que la víctima obre de modo diverso, los intervinientes elaboran un plan en el que se prevén ambas posibilidades de las que, finalmente, sólo acabará por realizarse una de ellas.³⁸⁵ Por ejemplo, A y B para matar a C con un arma de fuego, deciden apostarse uno en la salida principal y otro en la puerta de atrás, ante la posibilidad de que la víctima no utilice la puerta de entrada; si, finalmente, C utiliza cualquiera de los dos accesos, surge el problema de cómo calificar la conducta de quien no ha llevado a cabo disparo alguno.

Igualmente, la doctrina alemana que se ha ocupado de estos casos. Unos sostienen que se está ante un supuesto de coautoría (Roxin, Seelmann, Maurach y Gössel y Bloy), mientras que otros le niegan ese carácter y defienden que B es partícipe en sentido estricto en el delito que A comete como autor (Rudolphi, Stein y Schmidhauser).³⁸⁶ Los que fundamentan la coautoría, parten de los mismos argumentos, en los cuales fundan la coautoría aditiva; en cambio, aquellos que niegan el título de coautores a todos los intervinientes, lo hacen por la imposición de un deber completo (Stein) o la adscripción al tipo (Rudolphi).

Frente a ello, Díaz y García Conlledo precisa que, para hablar de coautoría debe darse una realización conjunta de la acción típica nuclear por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la determinación positiva conjunta del hecho. El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica nuclear, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos.³⁸⁷

De esta forma, el citado jurista señala que en los supuestos de actuación aditiva y acumulativa no son supuestos de coautoría sino de participación. En lo que respecta

384 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "COAUTORÍA ALTERNATIVA....", p. 298.

385 OLMEDO CADENETE, Miguel. Ob. Cit. Pág. 235. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "AUTORÍA...", Ob. Cit. pp. 685 a 688.

386 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "COAUTORÍA ALTERNATIVA....", p. 297.

387 Idem, p. 322.

al primer grupo de casos, señala que, la que realmente ha determinado positivamente la muerte, en el ejemplo de que todos disparan sobre el blanco pero uno acierta, causando la muerte de la víctima, es la acción de quien dio en el blanco; es un supuesto de autoría individual de delito consumado, a la que sin duda se suman varias conductas de autoría individual de tentativa acabada de delito frustrado de homicidio; sólo el problema probatorio impedirá castigar al autor del delito consumado como tal, pero no se puede suplir esa dificultad en la prueba con el expediente de la coautoría.³⁸⁸

Así, los que intervinieron, pero en concreto no mataron a la víctima, y fuera del problema de la prueba, tienen sólo un dominio negativo del hecho, siendo, no cooperadores necesarios (por no tener una esencialidad *ex ante* tal que sus conductas tienen en las posibilidades de éxito del plan), sino cooperadores ejecutivos (esa es la terminología empleada en el derecho penal español; otros simplemente dicen complicidad; en Perú, puede ser comprendida como complicidad secundaria), puesto que, en forma mínima participaron con una acción ejecutiva de homicidio o asesinato; o a lo sumo defenderse la calificación de *cooperación ejecutiva moral*.³⁸⁹

En los supuestos de actuación alternativa, el dominio positivo del hecho de matar, (en el ejemplo de aquellos que se apostan en diferentes lugares a fin de que en cualquiera de los lugares donde la víctima ingrese, morirá) lo tiene por sí solo quien espere en el camino por el que pasa la víctima y dispara sobre ella (autor inmediato individual). El mostrarse decidido a matar no es lo mismo que matar. Que sea el azar el que haya decidido que uno se aposte en un camino y otro en otro y que, por tanto, el azar haya decidido por fin quien mata, es algo que no varía la situación objetiva, pues se pueden construir casos en que el azar determine incluso que quien se muestra dispuesto a todo no responda penalmente en absoluto.³⁹⁰

Así, el que interviene solo apostado en un lugar y no mata, no podrá ser condenado por cooperador ejecutivo, porque su conducta no es una acción ejecutiva en el sentido de comienzo de la tentativa, pero sí será probablemente cooperador necesarios (en el Perú puede traducirse como cooperador primario), por la importancia *ex ante* de su conducta para las posibilidades de éxito del plan.³⁹¹

Ante tales argumentaciones, Olmedo Cardenete se ha visto, en parte, distante. Así, en la actuación aditiva, no cabe duda de que tales comportamientos son hipótesis en las que, si bien no hay una realización de la conducta formalmente típica, sí existe una vinculación inmediata y directa en un mismo contexto espacio-temporal con quien causa el resultado letal. Esta circunstancia unida al elemento subjetivo del acuerdo pre-

388 Idem, p. 324.

389 Idem, p. 329.

390 Idem, p. 324.

391 Idem, p. 328.

vio por el que se conciertan las voluntades para la ejecución de la infracción que se materializa en un dolo homicida en todos los intervinientes, determina la completa responsabilidad del resultado a través del tipo de imputación de la autoría.³⁹²

Pero, en la actuación alternativa, este jurista considera que, quien no consuma la infracción en el caso concreto, esto es, no realiza formalmente el tipo delictivo quien no ha lesionado finalmente el bien jurídico, sólo cabe averiguar si colaboró activamente en su ejecución con un comportamiento vinculado inmediata y directamente con la acción típica. En suma, los demás intervinientes en esta constelación de casos son cooperadores necesarios.³⁹³

Sin embargo, nosotros no compartimos los argumentos de Olmedo Cardenete, por el hecho que, si rechaza la coautoría en la actuación alternativa por no haberse realizado formalmente el tipo delictivo, ¿cómo puede considerar coautoría en los supuestos de actuación aditiva, cuando el mismo jurista considera también, la no realización de una conducta formalmente típica?

Por otro lado, estimamos que el solo elemento subjetivo no basta para configurar autoría, sino que, se requiere además un elemento objetivo, dado por la realización de la conducta típica del delito en concreto, en donde, cada aportación, o bien detenta sólo el poder de la no producción del mismo, o además de ese poder, el agente tenga el sí y el cómo del hecho (en el primer caso sólo habrá un dominio negativo, y en el segundo un dominio positivo). Frente a esta premisa, podemos inferir que el sólo hecho de estar apostado en una de las calles esperando que pase la víctima, o, que todos desaparezcan a la vez y ver quien da en el blanco, no configura un dominio positivo (en función a la aportación y la acción típica). Por lo tanto, las conclusiones de Díaz y García Conlledo son correctas, pero a éstas se podían haber llegado a través de ser consecuentes con su teoría sin el hecho de afirmar un *inconsistente* cooperador ejecutivo moral. Finalmente, determinar cuál es la acción típica nuclear no es una cuestión de parte general sino de la parte especial.

B. EL PARTÍCIPE EN EL DERECHO PENAL

El fundamento de la punición del autor procede de haber realizado el tipo correspondiente y, en consecuencia, de haber lesionado el bien jurídico concreto de que se trate. Ahora bien, como partícipe, es decir, inductor o cómplice, es aquél que no tiene el dominio del hecho, lo primero que habrá que hacer es fundamentar cual es la razón de su punición. ¿Por qué se castiga a quien no es autor? Evidentemente, sin previsiones legislativas específicas el partícipe quedaría fuera del ámbito del derecho penal, por lo

392 OLMEDO CARDENETE, Miguel. Ob. Cit. p. 234.

393 Idem, p. 236.

que las formas de participación funcionan como causas de extensión de pena, pero, a pesar de ello, sigue siendo preciso explicar su fundamentación.

La participación puede aparecer merecedora de pena desde dos puntos de vista: por la influencia que el partícipe ha ejercido sobre el autor; y, por la influencia que el partícipe ha tenido en el hecho. Dentro de ésta última posibilidad habrá que recoger las teorías que conciben la participación de forma autónoma, derivando la punición de su propio injusto.

1. INFLUENCIA SOBRE EL AUTOR (Teoría de la participación en la culpabilidad). Conforme a esta teoría, defendida por H. MAYER, el fundamento de la punición del partícipe se encuentra en que éste ha corrompido al autor, bien «seduciéndole» (inducción) o bien apoyando la idea pecadora (complicidad), además de contribuir en la ejecución. Se pena al partícipe porque contribuye a que el autor sea culpable. De ahí que también se le llame teoría de la corrupción.

Sin duda, un derecho penal basado en el principio de culpabilidad no puede admitir esta teoría que considera que la culpabilidad de una persona se puede derivar de la culpabilidad de otra. No obstante, todavía modernamente se ha sostenido por TRECHSEL la punición basada en la desintegración social. El inductor provoca la desintegración social del autor al colocarle en un conflicto agudo con la sociedad; si bien añade que es preciso «el ataque mediato, esto es, a través del autor, al bien jurídico del hecho principal».³⁹⁴

2. INFLUENCIA SOBRE EL HECHO (Teoría de la causación o del favorecimiento, hoy día, y con mejor denominación, teoría de la participación en lo ilícito). De acuerdo con esta teoría, hoy día dominante,³⁹⁵ el fundamento de la punición del partícipe se encuentra en que ha contribuido o favorecido a que el autor realice el tipo. El partícipe no lesiona directamente el bien jurídico, ni la norma contenida en el tipo de la parte especial, sino que se limita a contribuir al ataque que realiza el autor; la lesión o puesta en peligro es, consecuentemente, mediata; esto es, a través del hecho del autor.

Así pues, esta teoría considera que el partícipe no infringe la norma del tipo (de la parte especial), sino las específicas de la participación establecidas en la parte general, por lo que su punición se deriva de que colabora en que otra persona, el autor, viole aquella norma. El bien jurídico es lesionado por el autor, el partícipe sólo afectará a dicho bien jurídico a través del autor. Por tanto, en los delitos especiales como es el autor quien infringe la norma y ataca al bien jurídico, es posible aceptar participaciones de extraños que, aunque por sí mismos nunca podrían violar la norma ni atacar el bien jurídico, sin embargo, podrían contribuir con el autor.

394 RUIZ ANTON, Ob. Cit. p. 52.

395 Referencias en RUIZ ANTON, Ob. Cit., p. 52; PEÑARANDA, Ob. Cit. p. 329; MIR, "DERECHO...", Ob. Cit. p. 327.

Esta teoría es defendida por Stratenwerth, bajo la denominación, más correcta, de «teoría de la participación en el ilícito», pues considera que el fundamento de la punibilidad de la participación sólo puede encontrarse «en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de lo ilícito cometido por el autor», de manera que «el contenido de ilicitud de la participación se determina, por tanto, primariamente, según el contenido de ilicitud del hecho en el que se participa». Así pues, «la participación se dirige contra el mismo bien jurídico que ataca el delito cometido por el autor». En definitiva, como señala Welzel³⁹⁶ el fundamento reside en que la participación «provoca la decisión a una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favoreció su realización».

Ahora bien, JAKOBS, en la actualidad, vincula la imputación objetiva con la teoría de la participación, por lo que la fundamentación es diferente. Jakobs³⁹⁷ estima que el delito es obra de todos de manera que «quien participa en la fase previa no responde jurídico penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho producido también es el suyo propio» (no es cierto, añade, «que el injusto propio sólo puede ser injusto realizado de propia mano»), pues, no es la comisión de propia mano lo que convierte el injusto en injusto propio, sino el sentido delictivo del comportamiento. Por tanto, «injusto propio es injusto que es imputado; se le imputa a todos aquellos que organizan un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco, la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no en todo caso».

3. EL PRINCIPIO DE LA ACCESORIEDAD. El principio de accesoriadad implica que existe dependencia entre personas, valores, hechos o situaciones. Y, cuando se afirma que la participación es siempre accesoria quiere decirse que el hecho del partícipe depende del hecho del autor. Participar es, como dijimos, intervenir en hecho ajeno. Ahora bien, como la accesoriadad implica dependencia es preciso delimitar el alcance de ésta, es decir, en que condiciones y hasta donde llega esta dependencia.

Así pues, en relación con la accesoriadad es necesario distinguir entre la dependencia del grado de realización y la dependencia de los elementos del delito; otros autores utilizan otras denominaciones, así, WELZEL distingue entre ámbito interno y ámbito externo, y MAURACH entre aspecto cualitativo (o interno) y aspecto cuantitativo (o externo), aquél referido a los elementos característicos del delito del autor y éste a determinar a partir de qué momento puede ser punible la participación.

¿Qué debe exigirse al hecho del autor para castigar al partícipe? Habrá de exigirse que el hecho constituya una acción típica, antijurídica, culpable y punible, o, por

396 WELZEL, Hans. Ob. Cit. p. 161.

397 Cfr. JAKOBS, Günther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL" [trad. M. Cancio], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 64 y sgts.

el contrario, bastará con la presencia de sólo algunos de estos elementos. En virtud de una mayor o menor exigencia en relación con estos elementos, podemos distinguir:³⁹⁸

- (a) Accesoriedad mínima: para que puede castigarse la participación, basta con que el hecho del autor sea típico.
- (b) Accesoriedad limitada: exige que el hecho del autor sea típico y antijurídico.
- (c) Accesoriedad extrema (también denominada accesoriedad máxima): exige que el hecho del autor sea típico, antijurídico y culpable.
- (d) Hiperaccesoriedad: exige que el hecho del autor sea típico, antijurídico, culpable y punible.

De entre todas estas posibilidades es preciso elegir la adecuada. La doctrina dominante, con toda razón, se inclina por la accesoriedad limitada. La razón se encuentra en que la accesoriedad mínima no puede mantenerse, por cuanto, un hecho típico puede no ser antijurídico y la concurrencia de una causa de justificación produce como efecto la exclusión de la responsabilidad penal y civil no sólo del autor, sino también del partícipe; la accesoriedad extrema, exige un hecho típico, antijurídico y culpable y, como es sabido, la culpabilidad es individual (superadas las teorías basadas en la participación en la culpabilidad) y corresponde a cada persona. Así pues, únicamente es posible admitir la accesoriedad limitada, por lo que basta con que el hecho del autor sea típico y antijurídico. De ahí se deduce que es punible la participación en un hecho típico y antijurídico realizado por un autor no culpable.

Asimismo, la participación exige que el autor realice dolosamente el tipo, de ahí que Welzel afirme que «la “participación” en hechos principales no dolosos es “participación” sin autor y por ello no es una participación “real”, “verdadera”, sino “causatividad”».

Evidentemente, si el dolo pertenece al tipo es claro que sin dolo no hay tipo y no existe la posibilidad de participar. No debe olvidarse que la accesoriedad limitada exige un hecho típico (y antijurídico) y el dolo es un elemento del tipo, de forma que la participación basada en la accesoriedad limitada conduce a la exigencia de dolo en el autor. Por ello Welzel concluye que «quien apoya a sabiendas a un actor no doloso, es autor mediato». Añade Welzel que, en ese caso, el que interviene dolosamente «tenía el dominio final del hecho en relación al resultado, pues, aprovechó dolosamente la falta de dolo del intermediario para provocar el resultado, y sería impropio castigarlo sólo por complicidad».

Además, para la existencia de dominio del hecho es preciso que el autor obre dolosamente, por lo que la participación tendrá que ir referida a un hecho principal doloso. Así, pues, la participación requiere dolo en el autor; si el autor carece de dolo no habrá participación sino autoría mediata. No obstante, JAKOBS matiza que consi-

398 La distinción, hoy día comúnmente aceptada, procede de Mayer.

dera correcta esta solución siempre que al hombre de atrás le competa el defecto de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimiento del ejecutor basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.

En los delitos imprudentes no cabe participación y, por la misma razón, no es posible una “participación” imprudente en delito doloso, por cuanto, dicha participación imprudente constituiría autoría imprudente. En consecuencia, la participación tiene que ser dolosa.

4. LA INSTIGACIÓN. Como ya anticipábamos al comienzo de estas líneas, doctrina³⁹⁹ y jurisprudencia coinciden en señalar que, inducir al delito es hacer nacer, o hacer surgir, en otro una resolución, o una decisión, de cometer un hecho típico y antijurídico allí donde ésta no existía.

Lo cierto es que tenía razón Groizard cuando señalaba que el término «inducir» no es inequívoco, pues su significado semántico, que se puede traducir como «hacer, con consejos, promesas, amenazas, etcétera, que alguien realice cierta acción», no excluye la posibilidad de que en la inducción quepan aquellos comportamientos consistentes, simplemente, en estimular o determinar definitivamente a alguien a realizar algo (un hecho típico y antijurídico) que ya tenía decidido con anterioridad o que, al menos, ya había considerado muy seriamente. Esta es una operación hermenéutica elemental desde el momento mismo en que aceptemos que, si el legislador ha regulado diversas formas de participación en el delito, el contenido de unas y otras no puede solaparse.

Por lo que se refiere al segundo de los términos, el concepto de cooperar se puede interpretar como «ayudar», «influir» o «unir la propia acción o influencia a otras para producir cierto resultado». Si a esto le quitamos los comportamientos que serían incluibles dentro de la coautoría («unir la propia acción a otras...») y le añadimos, por derivación del propio significado originario del término cooperar, que «influir» significa «actuar conscientemente sobre alguien o algo para que obre o sea de cierta manera»), parece que son incluibles, todos aquellos comportamientos que, sin implicar por parte del cooperador la motivación de la resolución criminal de aquel a quien se ayuda o de aquel con quien se coopera, contribuyen necesaria o no necesariamente a la realización del hecho principal del autor. De esta forma, dejamos expresamente al margen del concepto de cooperar un determinado grupo de casos –aquellos en los que se motiva una resolución criminal– que, desde nuestro punto de vista, no tienen en absoluto encaje dentro del significado semántico del verbo que designa el núcleo del comportamiento participativo. Porque, efectivamente, el término «cooperar» da idea de una acción en-

399 RODRIGUEZ MOURULLO “COMENTARIOS...”, Ob. Cit. p. 846; RUIZ ANTON, Ob. Cit., pp. 214 y ss.; MIR PUIG, “DERECHO...”, Ob. Cit. pp. 429 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TOCILDO, Susana. “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 530 y ss.

caminada a aportar una contribución para que otro encauce materialmente, o dé vida, a una decisión o a una voluntad propia de hacer algo. Pero no parece que, en ningún momento, acoja en su seno la acción de quien motiva o hace surgir en otro la decisión firme de realizar ese algo concreto. Términos más específicos que cooperar, ayudar o influir, como lo son, por ejemplo, «determinar», «suscitar», «inspirar» o, incluso, «motivar», expresan más inequívocamente, en el idioma español, tal idea.

Por lo que se refiere a los medios o el contexto a través de los cuales se debe de vertir la inducción para ser punible, lo más llamativo es la exigencia de que la inducción se lleve a cabo directamente. La interpretación del adverbio «directamente», en el texto legal, no ha sido siempre ni uniforme ni unívoca. La opinión mayoritaria, por no decir unánime, en la actual doctrina española entiende que «directamente» significa, en la inducción, determinación a realizar un delito concreto, a un ejecutor determinado, lo que necesariamente presupone que esa determinación ha puesto en contacto, personalmente, a inductor e inducido.

Desde un punto de vista procesal, se puede argumentar que los términos «incitar» o «inducir» hacen alusión a una voluntad sin ninguna duda dirigida a conseguir el fin que se propone—esto es, a obtener del sujeto al que se induce o incita su resolución criminal y posterior realización del delito— y la única prueba evidente para el juzgador de esa firme voluntad estriba, precisamente, en la inequívocidad del mensaje incitador. Todo lo demás no dejaría de ser sino presunciones inaceptables para el derecho penal.

No obstante, tampoco estamos de acuerdo con que el adverbio «directamente» exprese la idea de incitar a la ejecución de un delito concreto. Si así fuera, su ausencia determinaría que la provocación no sería sino una incitación a delinquir en general, opinión que, por otra parte, es muy minoritaria en la doctrina española.

5. LA COMPLICIDAD. Junto con la inducción, se conoce dos formas más de participación criminal punible en el delito que son la complicidad primaria y la complicidad secundaria. Al contrario, por tanto, de lo que sucede en ordenamientos jurídicos como el alemán, que sólo castiga en el parágrafo 27 de su Código Penal una única forma de complicidad en la conducta de quien «dolosamente preste ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico», asignándosele una pena atenuada respecto de la pena del autor, en el ordenamiento penal peruano, el legislador ha creído conveniente distinguir dos formas de complicidad, equiparando el castigo de una de ellas —la cooperación primaria— al de la autoría y rebajando el marco penal abstracto de la otra —la complicidad secundaria—; sin embargo, resulta muy difícil trazar convincentemente el ámbito de aplicación de una y otra.

En efecto, en nuestra opinión, el cooperador necesario no es autor sino partícipe, porque la consideración de autor, en sentido material, la debe tener quien toma parte directa en la ejecución del tipo, es decir, quien lo pone en práctica mediante el impulso efectivo sobre los mecanismos causales, sin que sea suficiente con haber facilitado razones, motivos o medios para su perpetración. Dentro de lo que es la definición de su con-

ducta típica, la cooperación en el delito plantea, por una parte, una serie de problemas que tienen que ver con la definición de sus contornos externos, porque habremos de aprender dónde se encuentra su límite máximo, diferenciando la cooperación necesaria de la coautoría, y habremos igualmente de saber dónde se encuentra su límite mínimo, diferenciando la simple complicidad de los actos de auxilio irrelevantes para el derecho penal. Además, estrechamente vinculados a estos dos problemas aparecen, como veremos, las cuestiones relativas a la causalidad en la cooperación y al momento en el que debe concurrir la conducta de cooperación para ser punible.

5.1 EL LÍMITE MÍNIMO: LA DISTINCIÓN ENTRE SIMPLE COMPLICIDAD E IMPUNIDAD. Desde siempre, la jurisprudencia ha venido exigiendo una contribución *eficaz* a la realización del hecho criminal, como criterio mínimo para la punibilidad por complicidad al delito. La doctrina, en términos generales, también ha aceptado esa posición, pues, como ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO, «la exigencia de que la prestación haya resultado de algún modo eficaz deriva del propio concepto de la cooperación», pues «si la aportación no reflejó en absoluto su eficacia en la ejecución del hecho, no cabrá hablar, lógicamente, de cooperación a dicha ejecución». Ciertamente, las expresiones utilizadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, refiriéndose a una contribución mínimamente eficaz como criterio de relevancia típica para el castigo de la complicidad son, en nuestra opinión correctas, especialmente si se matizan en el sentido de que la eficacia habrá que evaluarla tomando como referencia el proceso motivacional del comportamiento del autor. De modo que si la aportación del cómplice fue de todo punto irrelevante para que el autor formara su convicción o su resolución para llevar a cabo el hecho criminal, entonces aquella habrá de ser impune. Porque la contribución de un partícipe al acto criminal del autor principal no incide causalmente en el resultado, sino que se hace presente a través de la resolución del autor principal, incidiendo en ésta mediante el influjo, o aportando a ésta razones o motivos relevantes.

5.2 LOS LÍMITES INTERNOS DE LA COMPLICIDAD: LA DIFERENCIA ENTRE COMPLICIDAD NECESARIA Y SIMPLE COMPLICIDAD. Hasta aquí hemos venido definiendo los límites de la complicidad en el delito, pero sin duda el problema más difícil de resolver en esta forma de participación criminal al delito tiene que ver con la determinación de sus propios límites o contornos internos. Nos referimos al complejo asunto de la diferenciación entre la complicidad primaria con la secundaria. No obstante, una cosa ha de quedar clara y es que la Ley establece los términos del problema sobre referentes de naturaleza objetiva, que tienen que ver con la necesidad de la aportación, o si se prefiere, expresado en otros términos, que tienen que ver con la *intensidad o eficacia* de la contribución prestada al hecho principal, descartándose cualquier posibilidad de diferenciación sobre la base del contenido o la dirección de la voluntad del partícipe cooperador o cómplice.

Hace ya tiempo, Antón Oneca, al indicar que a la hora de valorar el criterio de la necesidad del acto aportado por el cooperador, ésta podría «estimarse en relación con el caso concreto o de un modo genérico», enmarcó, de alguna manera, los térmi-

nos de la discusión tanto en la doctrina española como en la jurisprudencia. De esta forma, el criterio abstracto obligaría a valorar si era o no posible que el hecho principal se hubiera llevado a cabo, bajo cualquier condición o circunstancia, sin la aportación del cooperador, mientras que la perspectiva concreta examinaría si el auxilio prestado por el cooperador condicionó la especial forma en la que el hecho se llevó a cabo, con independencia si, bajo otras circunstancias, ésta pudo o no llevarse a cabo.

La doctrina, así como la jurisprudencia, se ha destacado generalmente por una perspectiva concreta. Así, en la versión de Antón Oneca y Rodríguez Mourullo, que no deja de ser una perspectiva concreta matizada, la necesidad debe referirse al resultado y no a las modalidades de la acción. Explicado en las palabras de Rodríguez Mourullo: «aun atendiendo al hecho concreto la necesidad puede referirse al sí y al cómo de la ejecución». Más específicamente –sigue diciendo el autor– es un «juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto. Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario. Si el autor podía realizar el hecho –aunque fuese recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta– en la misma ocasión en que lo realizó sin el concurso del cooperador ni otro equivalente, el auxilio no es necesario». Así, concluye Rodríguez Mourullo, «lo que decide son... las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí –cualquiera que fuese su modalidad– prescindiendo de la colaboración ajena». El criterio, pues, de estos autores no deja de ser causal, en la medida en que si se aplica rigurosamente –y esto es una crítica que ya esgrimió en su momento Gimbernat Ordeig– terminará siendo auxiliador necesario quien, en un determinado momento histórico, aporta una *conditio sine qua non* del resultado.

Conocida y muy influyente sobre la doctrina penal española e, incluso, sobre parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior, es la llamada *teoría de los bienes escasos*, obra de Gimbernat Ordeig, según la cual la necesidad de la cooperación del cómplice vendrá determinada por la escasez o abundancia de los medios por él aportados al autor. A tal efecto, para determinar si la cosa aportada es o no escasa, propone dicho autor la formulación de un juicio general y provisional y otro de carácter definitivo. El primero se enuncia de acuerdo con los criterios generales, teniendo en cuenta circunstancias de tiempo y lugar, y se convierte en definitivo cuando, en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa; todo ello sin que entren en todo este proceso de valoración consideraciones de carácter hipotético.

La teoría de Gimbernat Ordeig fue objeto de una crítica bastante contundente por parte de Rodríguez Mourullo, para quien, en primer lugar, esta teoría se elabora al margen de la Ley, ya que prescinde de preguntarse, qué es lo que hubiese sucedido sin el acto del cooperador. Por lo demás, y siempre según Rodríguez Mourullo, es una teoría que adolece de cierto grado de artificiosidad, aparte de establecer los concep-

tos de escasez y abundancia sobre criterios contradictorios, como son el general y el individual, lo que, lógicamente, puede llevar a soluciones diametralmente opuestas. En resumen, y como se ha podido señalar por otros autores, el criterio de Gimbernat Ordeig se compadece mal con las exigencias legales y presenta un considerable grado de indeterminación.

Lo cierto es que la solución del problema de la diferenciación entre complicidad primaria o cooperación necesaria y complicidad secundaria o simple complicidad ofrece un grado de dificultad muy grande, por no decir imposible de formular en términos generales. Con todo, puede resultar útil, como lo han hecho Cobo del Rosal y Vives Antón, recordar una vez más que la contribución del partícipe no es causal respecto del resultado final, pues lo que el partícipe hace es aportar razones o motivos a la resolución de cometer el hecho delictivo del autor principal y su intervención sólo se transforma en una parte del proceso ejecutivo del delito a través de la resolución delictiva del autor principal. De modo que para establecer adecuadamente las diferencias entre cooperación necesaria y complicidad, lo que se debe hacer es partir «de las *posibilidades reales del autor en el momento del hecho*» y preguntarse, «no si el autor hubiera podido efectuarlo, aun de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la Ley, *si lo hubiera efectuado*». Se trata, en definitiva, «de un juicio *sobre el proceso motivacional del autor*», de modo que si el auxilio del partícipe –a través de la aportación de medios materiales o meramente psíquicos– ha logrado que el autor resolviera definitivamente la comisión del hecho principal, su comportamiento será incluíble en la complicidad primaria. Por el contrario, si la aportación –material o psíquica– del partícipe no ha tenido una influencia definitiva en la resolución del autor, pero ha contribuido de alguna manera a la formación de su proceso motivacional, y, por lo mismo, ha contribuido a que éste ejecutara el delito, su comportamiento constituirá una complicidad secundaria.

4.4.7 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 éste, 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.

Por otro lado, tenemos las atenuantes, cuya función es la disminución de la pena. Y, al igual que los agravantes, son calificadas 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 quantum de la sanción penal.

4.4.8 CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES: PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

Si bien es cierto, que el estudio de la pena y la medida de seguridad es ajeno a la teoría del delito, consideramos pertinente realizar algunos comentarios precisos en torno a estas consecuencias jurídico-penales, y de esta forma tener un panorama completo, tanto de la teoría del hecho punible, como la de sus consecuencias jurídicas.

4.4.8.1 PENA

Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, en su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.⁴⁰⁰ Frente a ello, Jescheck indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético-individual. Desde un punto de vista político-estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas. Desde un punto de vista ético-individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa.⁴⁰¹

Conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito. Por ende, la pena es un mal de naturaleza retributivo; de aquí se desprende la necesidad de una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo.

A menudo en nuestro medio se escucha la frase: "más vale prevenir que lamentar" (con la misma frecuencia que es ignorada) ya sea para referirnos a temas relacio-

400 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Ob. Cit., p. 121.

401 JESCHECK, Hans Heinrich, Ob. Cit., p. 44.

nados con situaciones que a lo largo de nuestra vida no tocan vivir, como pueden ser las coyunturas de orden económico, financiero, académico, político y situaciones que tiene que ver con la salud. Dicho esto, es paradójico que a pesar de su importancia pocos conozcan lo que significa realmente prevenir, máxime si con ello pueden avizorarse estados que pueden causar daños irreversibles, y la relevancia per se que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico y en general en el Derecho, más aún, si “...es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico- sociales...”⁴⁰²

Y esto es lo que aparentemente busca argumentar Noll al precisar que la pena es un mal necesario, pero no necesariamente un mal. Debe infligir, a veces, un mal por razones de prevención general o especial, sin que ello resulte su supuesto carácter represivo.

Sin embargo, *partiendo de la distinción entre concepto o fundamento y fines de la pena no es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución (ejemplo la prevención)*. Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase *retribución* para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una pena.

Desde un punto de vista material, la pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque sólo de esta manera puede tener su necesaria eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el término *prevención*, y así reemplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la pena; esto es, una cosa es su esencia (retributiva) y otros sus fines.

Por otro lado, dentro del sistema de justicia penal, ¿cómo debe calcularse la imposición de una pena? La respuesta adecuada sería que en base al daño causado o la proporción del mismo, al delito cometido y al bien jurídico afectado. Esto es, con base en el principio de proporcionalidad, el cual debe basarse en el hecho de que la pena debe ser equilibrada al daño causado por el sujeto activo, obteniendo una pena justa para ambas partes (inculpaado y víctima); sin embargo, por la naturaleza humana de las partes en conflicto, es difícil que el afectado acepte la pena impuesta a su agresor y, por el otro lado, ¿quién estará conforme con la magnitud de la pena que se impone por su delito?

En la actualidad, contamos con un “populismo punitivo” consistente en ampliar las penas de manera desproporcional. Por ello, la Constitución y las leyes secundarias deben manifestarse en este sentido, para que el fin perseguido pueda ser logrado.

402 PACHECO Máximo. “TEORÍA DEL DERECHO”, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá 1990, p. 73.

No es posible dejar de reconocer que, en la práctica, es difícil su aplicación, derivado de su fin intrínseco: El ejemplo tradicional es el homicidio, en donde “Juan” priva de la vida a “Pedro”, con todas las agravantes de ley; la Autoridad juzga a “Juan” y resuelve condenarlo a 25 años de pena privativa de libertad: es lógico que no existe proporción entre la conducta de “Juan” (privar de la vida a “Pedro”) y la sanción. Pero ello no se refiere a la proporcionalidad derivada del Derecho Constitucional, materia de la aplicación penal, como veremos más adelante.

En ese sentido, los criterios de proporcionalidad entre el delito y la pena que pueden utilizar los jueces son enunciativamente los siguientes:

- (a) Importancia o rango del bien jurídico protegido;
- (b) Gravedad de la lesión al bien jurídico protegido;
- (c) Acto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada);
- (d) Los diferentes medios de comisión del hecho punible;
- (e) El grado de ejecución del hecho punible;
- (f) El grado de intervención delictiva;
- (g) Las condiciones personales del agente (edad, estado mental, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionalidad versus habitualidad, entre otros);
- (h) El comportamiento de la víctima; e
- (i) El comportamiento del autor, después del hecho delictivo.

Esto es, el Principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la cara coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre gravedad del delito (injusto) y la pena. Este principio complementa el de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la necesaria proporción entre delito y pena.

Este criterio lo manifiesta Baltazar Morales en los siguientes términos: *“Sobre-criminalizar penas, buscando hacer del derecho penal un freno intimidatorio para atemorizar a los gobernados, recortando derechos a un debido proceso y fijando topes mínimos de penas que exageran la proporcionalidad, se corre el riesgo por un lado, que una ley desproporcionada en su represión, no surta efecto intimidatorio alguno y este derecho penal devenga en un simple simbolismo o que los jueces al aplicarla mecánicamente generen como consecuencia que los centros de reclusión penal se colmen de condenados muchas veces de conductas de mínima trascendencia o lesividad social; y por otro lado, se abre la posibilidad que los jueces haciendo un control de esta norma, dejen de aplicarla.”*⁴⁰³

403 MORALES PARRAGUEZ, Baltazar. “FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA TESIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA QUE APLICAN LOS MAGISTRA-

La pena impuesta por el juez, debe ser proporcionada a la consecución de los fines a que aspira todo Derecho Penal; debe basarse en los fines preventivos de la pena y tener como límite el garantismo y su vinculación con el principio de culpabilidad. Asimismo, y de forma resaltante, debe ser proporcional a la gravedad de la infracción cometida y a la entidad del bien jurídico a tutelar y al grado de lesividad del mismo, así como a la gravedad del injusto; de su desvalor de acción y resultado, y, por último, a consideraciones sobre la atribución de un hecho al autor o cualesquiera circunstancia personal.⁴⁰⁴

Igualmente, la proporcionalidad de la pena es una exigencia de doble sentido.⁴⁰⁵ Por un lado, debe traducir el interés de la sociedad en que el juez imponga una medida penal “necesaria y suficiente para reprobación y prevención del delito”; y por el otro, debe garantizar al condenado el derecho de no sufrir una punición que exceda el límite del mal causado por el ilícito. El mismo autor señala que no es inusual ni mucho menos infrecuente que la sanción que impone el juez no sea realmente la adecuada a la infracción cometida.

En materia administrativa, también se reconoce que la autoridad, al disponer a su antojo de la graduación de la sanción, la utiliza con excesiva ligereza o prescindiendo de criterios rectores de proporcionalidad en el momento de imponer la medida disciplinaria. Por ello, todo ciudadano tiene derecho a esperar que el ordenamiento punitivo esté regido por criterios de justa proporcionalidad, evitando que el legislador pueda graduar las penas de forma voluble y que la autoridad disponga de su discrecionalidad de forma arbitraria.

Por otro lado, existen tres requisitos exigidos para operar como límite sobre la potestad sancionadora del juez, cuyo poder ilimitado debe irse reduciendo:⁴⁰⁶

- (a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, fijándose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio restrictivo;
- (b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado; y
- (c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional debe ponderar, en todo caso, las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

DOS DE LA SALA PENAL DEL CONO NORTE DE LIMA”, Facultad de Derecho UNMSM, Lima, 2000, p. 65.

404 MARTÍNEZ, Gloria. “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL”, Tirant le Blanch, Valencia, 2006, p. 31.

405 DOTI, René Ariel. “PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL BRASILEÑO”, AIDP y Sociedad Mexicana de Criminología, Paraná, 2004, p. 321.

406 CASTILLO BLANCO, Federico. “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INFRACCIONES DISCIPLINARIAS”, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30.

Por ello, el principio de proporcionalidad debe ser concebido como una eficaz herramienta en la lucha contra la discrecionalidad del juez y contra su poder soberano para decidir la sanción.

Según Beccaria, debe haber proporcionalidad entre los delitos y las penas. Si una pena igual se impone a delitos que ofenden a la sociedad desigualmente, los hombres no encontrarán obstáculo más fuerte para cometer al delito mayor, si con ello va unida una mayor ventaja.

La proporcionalidad no es una idea muy alejada de la ponderación, por lo que, para su aplicación judicial, se exige un criterio técnico de proporcionalidad en el campo penal que requiere exista una relación entre la gravedad de la infracción y la entidad de la pena.

No podemos ignorar que existen algunos argumentos en contra de esta proporcionalidad, como el manifestado por el Instituto Juan de María, en el sentido de que: "Es imposible fijar penas "proporcionales" abstrayéndose del caso concreto. Es más, obviando este intento de objetivización, la fijación de penas particulares, aun siguiendo directrices básicas, generaría una situación clara de desproporcionalidad y posible injusticia. Las penas no obedecen a la búsqueda de la proporcionalidad ni a la compensación por el daño restringido."⁴⁰⁷ Sin embargo, en el Derecho penal moderno ha quedado consagrado, como principio rector del sistema punitivo, la proporcionalidad.

Por otro lado, y siguiendo en ello a Castillo Alva,⁴⁰⁸ el principio de proporcionalidad, a diferencia de lo que a primera vista puede pensarse, no es un principio que tenga su carta de naturaleza en la órbita del Derecho Penal. Quizás allí ostente su más clara expresión e importancia; sin embargo, para algunos autores su ámbito de aplicación se reduce al Derecho Público, en donde aparece como un límite material al poder de policía rigiendo la aplicación de las medidas restrictivas de libertad, criterio que reduce la naturaleza y finalidad del principio de proporcionalidad. La importancia y el auge en los últimos tiempos que reviste el principio de proporcionalidad en la práctica judicial y constitucional como su correlativo en la ciencia jurídica, y en especial en la penal, ha sido calificado como extraordinario.

Otro problema inherente al principio de proporcionalidad, como regla legitimadora del derecho punitivo, es si su naturaleza es compatible con los fines de retribución o con las exigencias de la prevención.⁴⁰⁹

No se puede olvidar que la proporcionalidad es inmanente a toda idea de justicia. Como señala Legaz:⁴¹⁰ *"Toda idea de justicia entraña la idea de una ordenación según*

407 <http://www.juandemaria.org/comentario/2439/victimas/transaccion/penas/>

408 CASTILLO ALVA, José Luís. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 279.

409 Idem, p. 283.

410 LEGAZ LACAMBRA, Luís. "FILOSOFÍA DEL DERECHO", Bosch, Barcelona, 1953, p. 346.

cierta proporcionalidad. Todo ideal de justicia implica a su vez la idea de un nivel desde el que conviene proceder a una cierta igualdad". Toda pena que sea desproporcional, ya sea por ser muy dura o muy suave, es sencillamente una pena injusta.

La proporcionalidad, si bien pertenece a la idea de justicia, su lugar genuino es la justicia distributiva, la que supone una relación de supraordenación y subordinación, dentro de la cual una instancia supraordinada figura como representante de un todo frente a una pluralidad de subordinados a los que como miembros de la agrupación se debe atribuir derechos y deberes que los hace participar del todo;⁴¹¹ esto es, la proporcionalidad no está desligada de la idea de justicia en cuyo interior sólo encuentra sentido y articulación.

Si la proporcionalidad pertenece –como uno de sus elementos integrantes– a la justicia, ello no supone que fácticamente pueda dejar de desarrollar algún tipo de utilidad o que sus efectos sean perjudiciales o simplemente no existan, sino todo lo contrario.

Este principio de proporcionalidad constituye, como derivado elemental de la idea de justicia, un principio general del Derecho, cuyo cumplimiento y observancia es obligatorio en todas las ramas del ordenamiento jurídico, sin excepción alguna.

Ratificando este criterio, el iluminismo francés logró sintetizarlo en el art. 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, bajo la prescripción que: "La ley no puede señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito".

El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente vinculado con otros principios legitimantes del Derecho Penal, de los que es necesario distinguirlos. Así, mientras el principio de culpabilidad permite imputar y reprochar al autor una lesión al bien jurídico, sin decir nada de la gravedad del ilícito, el principio de proporcionalidad establece que la sanción jurídico penal (pena o medida de seguridad) debe ajustarse a la gravedad del delito: al ilícito y la culpabilidad.

El principio de proporcionalidad ayuda al Derecho Penal a guardar armonía con la justicia, ponderando la correspondencia valorativa entre la pena y el delito, estableciendo una regla de oro que, por lo obvia, puede pasar desapercibida: una pena grave debe seguir a un delito grave y una pena leve a un delito leve.

Según Beccaria, la magnitud de las penas debe ser relativa al estado cultural de la Nación. No existe una proporcionalidad fija, natural o inmutable entre una pena y un delito, sino que ella depende de criterios pragmáticos basados en valoraciones ético políticas o de oportunidad para establecer la cantidad y calidad de pena.

A pesar de que este principio de proporcionalidad no es inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional actual, sino que es considerada como una solución general, y utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas ramas del conocimiento, en materia legal, indiscutiblemente éste tiene su acta de na-

411 CASTILLO ALVA, José Luís. Ob. Cit., p. 286.

cimiento fincada en el Derecho Constitucional,⁴¹² ya que se le alude en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.

En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En materia penal, cada uno de estos sub principios expresa una exigencia que toda intervención judicial debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:⁴¹³

1. Según el sub principio de idoneidad, toda intervención judicial debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin penalmente legítimo;
2. De acuerdo con el sub principio de necesidad, toda sanción penal debe ser la más benigna con el inculpado, entre todas aquéllas que revistan por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto;⁴¹⁴
3. Por último, conforme al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda sanción penal, debe guardar una adecuada relación con el delito cometido y el bien jurídico protegido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la sanción deben compensar los sacrificios que ésta implica para los sentenciados y para la sociedad en general.

Si una sanción no cumple las exigencias de estos tres sub principios, vulnera el derecho penal y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

A continuación, vincularemos, con más detenimiento, estos sub principios en el ámbito de la pena.

- EL SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD. Existe un proceso sucesivo y escalonado para la aplicación de estos sub principios: En primer lugar, debe verificarse si la sanción impuesta es idónea, en caso de no serlo, debe declararse inaplicable. Si por el contrario, la sanción supera las exigencias de idoneidad, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la sanción penal no supere las exigencias de cualquiera de estos dos sub principios, igualmente debe considerarse inaplicable.

412 BERNAL PULIDO, Carlos. "EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", 3ra. Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 41.

413 Estos sub principios se encuentran desarrollados en la investigación antes citado de Bernal Pulido; sin embargo, nos hemos permitido adoptarlos a la materia penal, ya que su importancia y trascendencia no han sido analizadas en ningún otro texto.

414 El objetivo propuesto en la sanción penal tiene relevancia en el tema: fin de la pena; el cual, por la naturaleza misma de este trabajo, no se analiza a plenitud.

El sub principio de idoneidad, también conocido con el nombre de sub principio de adecuación, se refiere a que toda sanción penal debe ser adecuada para contribuir a la obtención del fin de la pena.

Esto es, su aplicación impone dos exigencias: que la sanción tenga un fin penalmente legítimo y que sea idónea para favorecer su obtención.

La legitimación del fin que fundamenta la pena impuesta será, entonces, el primer aspecto del análisis de idoneidad, y consiste en verificar si el fin que persigue el juez al imponer una pena determinada, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista penal.

La determinación del fin mediato y del fin inmediato de la sanción: La determinación del fin mediato e inmediato de la intervención judicial en la imposición de penas, constituye el principal aspecto práctico de esta primera fase del juicio de idoneidad. Dicha determinación no sólo condiciona el análisis de la legitimidad de la norma jurídica, sino también el ulterior análisis de idoneidad de la medida que pretende imponer el juez.

- **EL SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD.** Toda medida de intervención judicial al imponer una sanción, debe ser la más benigna con el inculpado, de entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto por el derecho penal.

A este sub principio también se le conoce como sub principio de indispensabilidad (Alemania), o de la intervención más restringida posible; esto es, una sanción es eficiente, cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición del delincuente.

En todo caso, el sub principio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el juez y otras sanciones alternativas.

La elección de sanciones alternativas: La aplicación del sub principio de necesidad presupone la existencia de por lo menos un medio alternativo a la medida adoptada por el juez (sanción económica, pena menor, apercibimiento).

El principal criterio para seleccionar las sanciones alternativas consiste en que éstas revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la imposición de la pena se propone.

Para que una pena impuesta por el juez sea innecesaria, es preciso que alguna sanción alternativa revista por lo menos una idoneidad equivalente para facilitar la obtención de su fin inmediato.

En el examen de necesidad debe analizarse si las sanciones equivalentes tienen por lo menos una idoneidad equivalente a la pena impuesta por el juez. Para tal efecto, es imprescindible, además, que la sanción alternativa supere la segunda exigencia del sub principio de necesidad, es decir, que intervenga con menor intensidad en perjuicio del sentenciado.

Desde la perspectiva legislativa, la norma penal debe contener los conocimientos existentes en la época en que fue adoptada, a efecto de que el Parlamento pueda avizorar la existencia de una sanción igualmente idónea y más benigna para el sentenciado.

• **EL SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.** El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto también es conocido con el nombre de ponderación. Este sub principio debe estructurarse en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de pena impuesta por sentencia y la importancia del bien jurídico afectado;
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la pena es mayor (o menor) que la importancia del bien; y
3. El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre la pena y bien jurídico tutelado afectado o puesto en peligro, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

Cuanto más intensa es la intervención judicial, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio, que fundamenta la intervención judicial, mayor será su peso en la ponderación.

Finalmente, una vez que se ha determinado la intensidad de la intervención judicial y la intensidad de la afectación en bienes jurídicos, debe llevarse a cabo la ponderación propiamente dicha o en sentido estricto.

4.4.8.2 MEDIDA DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible, cuando existe el peligro potencial de que puedan incurrir en el futuro en actos similares. Para Bramont Arias y Bramont - Arias Torres, las medidas de seguridad son tratamientos dirigidos a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un nuevo delito.⁴¹⁵

Algunos autores se refieren a ellas con otras denominaciones derivadas como “medidas de seguridad y reinserción social”;⁴¹⁶ o como “medidas de seguridad criminales”.⁴¹⁷

En el Derecho Penal alemán, en cambio, se les designa como “medidas de corrección y seguridad”.⁴¹⁸

415 BRAMONT ARIAS, Luis A. y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “CÓDIGO PENAL ANOTADO”, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 267.

416 GRACIA MARTÍN, Luis. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 306 y sgts.

417 JORGE BARREIRO, Agustín. Ob. Cit., pp. 725 y sgts.

418 JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Volumen Segundo, p. 1113.

Ahora bien, al igual que la pena, la medida de seguridad consiste en una privación de bienes jurídicos del autor del injusto típico,⁴¹⁹ que se determina en razón de la peligrosidad criminal y se impone en evitación de futuros delitos, substanciándose en la aplicación del tratamiento más adecuado a las características de la personalidad del sujeto, que conforme a su naturaleza y fines es de carácter prevalentemente curativo, terapéutico, educativo, asistencial y socialmente integrador.

Una cuestión discutida, no obstante, en la doctrina es el sistema al que responde la medida de seguridad: al modelo del Derecho penal de acto o al modelo del Derecho penal de autor. Como se verá más adelante, las medidas de seguridad se orientan a la personalidad del sujeto al que se imponen. Precisamente por tratarse su destinatario, generalmente, de un sujeto inimputable o imputable relativo al que no puede ser imputada plenamente la acción realizada, no se le podrá imponer una pena, sino una medida de seguridad, es decir, la aplicación de un tratamiento asistencial y terapéutico adecuado a su personalidad, con fines curativos y de mejora.

Algún autor como Roxin, sorprendentemente ha sostenido que el hecho de que la medida de seguridad haya de ser acorde a la personalidad del autor, indica que estas medidas se inspiran y rigen por el sistema del Derecho penal de autor, propio de los regímenes autoritarios.⁴²⁰

A nuestro juicio, esta opinión ha de reputarse errónea: el Derecho penal moderno (en el que se integran las medidas de seguridad) es, sin lugar a dudas, Derecho penal de acto (y no de autor ni de la voluntad) esto es, un Derecho que sanciona al autor por lo que éste ha hecho y por la cualidad de su real predisposición de ulterior conducta que su personalidad revela, y no por los pensamientos ni predisposiciones subjetivas del mismo.

Del hecho de que la medida de seguridad sea acorde a la personalidad del autor no puede deducirse que el sistema jurídico-penal de medidas de seguridad se inspira en un Derecho penal de autor, porque el fundamento de la medida de seguridad es tanto la peligrosidad criminal del sujeto cuanto la realización de un injusto típico (ese binomio), de modo que si el sujeto no realiza un injusto típico, no podría imponersele jamás una medida de seguridad.

Por otro lado, un grupo de autores opina que las medidas de seguridad no han de incluirse en el Derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito. Esta corriente, defendida por eminentes administrativistas, tiene acogida asimismo entre ciertos penalistas. Así, el ya citado GRISPIGNI las entiende como medidas de Derecho administrativo comprendidas dentro de la función de policía de seguridad. MANZINI titula el capítulo de su Tratado dedicado

419 CEREZO MIR, José. "CURSO...", Ob. Cit., p. 35.

420 ROXIN, Claus. "DERECHO...", Ob. Cit., p. 189.

a las medidas con la denominación de “Las medidas administrativas de seguridad”, estimándolas, pues, como medidas de policía de naturaleza administrativa. SOLER no las considera sanciones y Rocco las cita como medios de defensa social de naturaleza administrativa.

Nuestra posición difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, coincidimos con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el Derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de Derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Esta aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad pre-delictuales (tanto criminales como sociales) que pueden pensarse en el ámbito administrativo como hacen algunos de los autores mencionados y coherentemente fuera del Derecho penal y las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

Por otro lado, la medida de seguridad presenta semejanzas y diferencias con la pena. Así tenemos:

• SEMEJANZAS

1. Ambas consisten en la disminución de bienes jurídicos.
2. Ambas se aplican a las personas que son autoras de un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito.
3. Ambas tienen por finalidad la defensa social, es decir, son medios jurídicos de tutela de la sociedad y, con más exactitud, son medios dirigidos a impedir la comisión de delitos.
4. Ambas tienen por objeto hacer cesar la peligrosidad de las personas que son autoras de un hecho previsto como delito.
5. Ambas son inflingidas por órganos de la jurisdicción penal.

• DIFERENCIAS

1. Mientras que las penas tienen por presupuesto un delito punible, las medidas de seguridad un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, si bien no es imprescindible que constituyan un delito punible.
2. En tanto que las penas se aplican solamente a personas imputables, las medidas de seguridad se orientan también a personas no imputables.
3. Las penas se aplican no sólo después del hecho dañoso o peligroso sino asimismo a causa de éste, en tanto que medidas de seguridad se aplican igualmente con posterioridad al hecho, pero no a causa de éste porque el delito es solamente la ocasión una de las condiciones para la aplicación de esas medidas.

4. Y por tanto, mientras que las penas son siempre la consecuencia jurídica de ese hecho ilícito que es el delito y constituyen la reacción contra éste y la sanción jurídica por él; en cambio las medidas de seguridad son adoptadas exclusivamente como medios de defensa contra el peligro esto es no son una reacción ni constituyen una sanción jurídica;
5. A las penas tanto en el momento de la amenaza como en el de su aplicación concreta se les asigna una función intimidatoria de la generalidad de los ciudadanos y se adoptan en consecuencia, como medios para fines de la prevención especial, a la medida de seguridad se le atribuye finalidades de prevención especial.
6. Las penas son proporcionadas tanto a la gravedad del delito como a la peligrosidad del agente, las medidas exclusivamente a su peligrosidad;
7. La imposición de penas, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial, es función exclusiva y específica de la jurisdicción penal, la de las medidas, si bien se confía a esos mismos órganos, lo es solamente por razones de oportunidad, en virtud del principio de economía procesal y por razones de garantía del ciudadano.

Por otro lado, si la pena es la consecuencia jurídica del delito, y la medida de seguridad es la consecuencia jurídica del injusto típico no culpable, entonces cabe reconocer como hipótesis básicas los siguientes supuestos:

1. *Realización no culpable (o no plenamente culpable) de un injusto típico por parte de un sujeto criminalmente peligroso.* En estos supuestos, al ser el autor del injusto típico un sujeto inimputable o imputable relativo y criminalmente peligroso, se impone una medida de seguridad. En estos supuestos nunca es posible imponer una pena, precisamente por faltar el requisito de la culpabilidad.
2. *Realización culpable de un delito, que es sancionado al mismo tiempo con una pena y una medida de seguridad, por parte de un sujeto culpable y criminalmente peligroso.* Generalmente un delito es castigado con una pena. Pero determinadas comisiones de delitos tienen como consecuencia la imposición a su autor, accesoria o subsidiariamente, además de una pena, de una medida de seguridad al propio tiempo, con las debidas garantías legales (respeto del principio *non bis in idem* y observancia del principio vicarial de aplicación de medida y pena) y siempre con un criterio restrictivo que circunscribe la aplicación de las medidas a los supuestos de personalidad del autor que requieren la imposición de estas sanciones.
3. *Realización culpable de un delito, que debería ser sancionado con una pena, resultando ésta sustituida por una medida de seguridad debido a específicas razones.* En algunas figuras de delito, la pena que corresponde imponer es sustituida por una medida de seguridad, en razón a criterios preventivos o político-criminales varios que aconsejan la utilidad y conveniencia de tal sustitución.

Desde este punto de vista, es preciso distinguir tres tipos de medidas de seguridad,⁴²¹ que en su respectiva naturaleza se corresponden con los supuestos acabados de exponer:

1. *Medidas de seguridad originarias (o sustitutivas en sentido impropio)*. En cuanto sanción penal única reemplazante de la hipotética pena que correspondería imponer de ser culpable la acción en cuestión.
2. *Medidas complementarias o suplementarias respecto de la pena básica. Imponibles en los delitos doblemente sancionados*.
3. *Medidas de seguridad sustitutivas en sentido propio*, en cuanto imponibles en lugar de la pena.
4. Una cuarta presunta clase de medidas son las denominadas medidas de seguridad inocuizadoras.

4.5 LA SELECCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL CASO DE LOS LADRONES DE TRIGO

Una vez hecho el recorrido, de manera sucinta, tanto de la teoría del delito como de la teoría de las consecuencias jurídico-penales, es menester aplicar lo señalado en un caso práctico, el cual, desde el capítulo anterior, hemos venido trabajando con el nombre de: *los ladrones de trigo*.

En esa inteligencia, estamos recién en el primer paso de nuestra teoría del caso, el cual consiste en: construyendo el caso. Ahora bien, esta construcción implica el realizar, desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos, nuestra hipótesis inicial de trabajo –el cual, en el camino procesal iremos efectuando los respectivos ajustes a la misma.

En ese orden de ideas, nuestra hipótesis inicial de trabajo amalgama, en primer lugar, la elaboración de los enunciados fácticos –la cual hemos analizado en el capítulo anterior– y, en segundo lugar, la selección de la teoría del delito que vamos a aplicar a tales enunciados –desarrollada en el presente capítulo, con la salvedad que nos faltan dos puntos más en este tema de la construcción del caso.

En efecto, si a los enunciados fácticos, en el caso de los ladrones de trigo, afirmamos que estamos ante el tipo penal de robo en grado de tentativa –porque recordemos que los citados ladrones no pudieron llevarse el tracto-camión donde se transportaba toneladas de trigo– y que no existen causas de justificación ni de inculpabilidad, es porque previamente hemos identificado aquellas categorías normativas con que vamos a trabajar y que definen materialmente al hecho punible.

421 Cfr. JAKOBS, Günther. "TRATADO...", Ob. Cit., p. 40.

Ahora bien, para ello, recomendamos al lector, que en este segundo paso de la construcción del caso, denominado: seleccionando la teoría del delito a aplicar, se realicen, por lo menos, las siguientes dos actividades:

Primera actividad. Esquematizar los elementos de la teoría del delito escogida⁴²² a través de los siguientes listados:

1. Elementos que configuran el delito; para ello, téngase presente el gráfico, en forma de escalera, de los elementos que conforman el hecho punible, así como sus excluyentes, presentado en el apartado 4.4 del presente capítulo.
2. Agravantes; es decir, enumerar aquellas agravantes genéricas, así como, aquellos específicas que probablemente se aplicarían al caso que se está construyendo; para ello, se tomará como referencia el respectivo Código penal y/o las leyes penales específicas.
3. Atenuantes; igual como en el anterior listado, pero esta vez ubicando, en las normas penales, aquellas atenuantes genéricas y específicas que se pudieran aplicar al caso.
4. Causales de cancelación de la pena; en efecto, la ley penal ha podido haber regulado alguna causa de exclusión de la punibilidad. En ese sentido, uno deberá identificarla y colocar en el listado que lleva el número 4.

RECUERDA

En las listas se pondrán únicamente el título de las categorías o figuras normativas propias de la teoría del delito elegida, incluyendo las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; pero sin colocar nombre o conducta específica alguna, dado que, ello será tarea del tercer paso que analizaremos en el siguiente capítulo, donde vamos a subsumir los enunciados fácticos en cada una de las figuras de las listas que has elaborado en el presente segundo paso-denominado: seleccionando la teoría del delito a aplicar.

Segunda actividad. En un registro personal o de estudio, vamos a ir definiendo cada una de las figuras que se han colocado en cada una de las tres listas. Esta conceptualización, tendrá como referencia la doctrina más actualizada, la jurisprudencia y las demás fuentes directas e indirectas del Derecho penal.

Ello es interesante, porque el manejo doctrinal que realicemos será en función a las categorías normativas del delito que nuestro Derecho positivo maneja y que hemos individualizado en las tres listas: (1) elementos del delito– junto con los excluyentes del

422 Recuérdese las recomendaciones de seleccionar aquella que presente una adecuada explicación de las figuras normativas de nuestro Derecho positivo; asimismo, que en la actualidad, cuenta con el respaldo de la comunidad académica y, que se cuente con el suficiente grado de conocimiento y manejo de la misma.

mismo– (2) agravantes y (3) atenuantes. De esta manera, evitaremos el riesgo de manejar instrumentos conceptuales de figuras normativas no reconocidas o aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, y recordando la importantísima tabla que hemos elaborado en el apartado 3.3 del presente libro, la segunda celda de la tabla denominada: construyendo el caso, quedaría conformada de la siguiente forma:

II
SELECCIONANDO LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

LISTA Nº 01. ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS EXCLUYENTES:

1. Conducta:
 - 1.1 Elementos:
 - 1.1.1 Voluntad
 - 1.1.2 Exteriorización
 - 1.2 Excluyentes:
 - 1.2.1 Fuerza física irresistible
 - 1.2.2 Movimientos reflejos
 - 1.2.3 Estados de inconsciencia
2. Tipicidad:
 - 2.1 Elementos:
 - 2.1.1 Tipo objetivo
 - 2.1.1.1 Sujeto activo
 - 2.1.1.2 Sujeto pasivo
 - 2.1.1.3 Bien jurídico protegido
 - 2.1.1.4 Conducta típica
 - 2.1.1.5 Medio empleado
 - 2.1.1.6 Resultado
 - 2.1.1.7 Relación de causalidad
 - 2.1.1.8 Imputación objetiva
 - 2.1.2 Tipo subjetivo:
 - 2.1.2.1 Tipo doloso. dolo y elementos subjetivos distintos al dolo
 - 2.1.2.2 Tipo culposo
 - 2.2 Excluyentes:
 - 2.2.1 Acuerdo
 - 2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo
 - 2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invencible
3. Antijuridicidad
 - 3.1 Elementos:
 - 3.1.1 Contrariedad con el Derecho
 - 3.1.2 Daño social
 - 3.2 Excluyentes:
 - 3.2.1 Legítima defensa
 - 3.2.2 Estado de necesidad justificante
 - 3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho
 - 3.2.4 Cumplimiento de un deber

II

SELECCIONANDO LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

4. Culpabilidad:
 - 4.1 Elementos
 - 4.1.1 Imputabilidad
 - 4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar
 - 4.1.3 Exigibilidad
 - 4.2 Excluyentes:
 - 4.2.1 Inimputabilidad:
 - 4.2.1 Anomalía psíquica
 - 4.2.2 Grave alteración de la conciencia
 - 4.2.3 Minoría de edad
 - 4.2.2 Error de prohibición (invencible)
 - 4.2.3 Inexigibilidad:
 - 4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante
 - 4.2.3.2 Miedo insuperable
5. Tentativa / consumación
6. Autoría / participación

Lista Nº 02. AGRAVANTES:

1. Agravantes genéricos: (...)
2. Agravantes específicos: (...)

Lista Nº 03. ATENUANTES:

1. Atenuantes genéricos: (...)
2. Atenuantes específicos: (...)

Lista Nº 04. CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENA

No debes olvidar tomar en cuenta tu Derecho positivo, para ir llenando estas cuatro listas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Con relación a la teoría del delito

A.A.V.V. *Sobre el estado de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

ALCACER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

ARLUCEA, Esteban. *Lecciones de la teoría jurídica del delito*, Editorial Comares, Granada, 1999.

- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Curso de derecho penal parte general*, Experiencia ediciones, Barcelona, 2004.
- BINDER, Alberto. *Introducción al derecho penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. *Manual de derecho penal parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000.
- BRICOLA, Franco. "Teoría generale del reato". En: *Novissimo Digesto*, Tomo XIX, Torino, 1974.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*, Volúmenes I y II, ARA Editores, Lima, 2004.
- CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José Antonio. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- CARRILLO AHUMADA, Faustino. *Teoría del delito sistema jurídico penal legal*, Flores editor, 2010.
- CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español. II. Teoría jurídica del delito*, sexta edición, segunda reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás. *Derecho penal parte general*, 5ta. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- CREUS, Carlos. *Derecho penal parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito / 1*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*, Flores editor, México, 2009.
- DIAZ ARANDA, Enrique. *Derecho penal parte general*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DULCUP, Oswaldo. *Teoría del delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- ENGISCH, Karl. "Sentido y alcance de la sistemática jurídica". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 3, Madrid, 1986.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental*, Volumen II, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Valladolid, 1995.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*, Volumen I, 3ra. Edizione, Editorial Zanichelli, Bologna, 1995.

- FLETCHER, George y MUÑOZ CONDE Francisco. *Conceptos básicos de derecho penal*, Editorial Tirant Le Blanch, Valencia, 1997.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*”, Ara Editores, Lima, 2003.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.
- GRACIA MARTIN, Luís. “Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 2, Editorial Cuzco, Lima, 1993.
- GRACIA MARTIN, Luís. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona 1984. *El mismo. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal parte general I*”, era. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte general*, 4ta. Edición, Editorial Comares, Granada, 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *La teoría jurídica del delito*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KINDHAUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*”, Editorial Grijley, Lima, 2003.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito y de la ley penal*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- LUZON CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal parte general*, 11ava. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal parte general*, Tomo I, Editorial Universitas, Madrid, 1999.
- MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel y ROMA VALDES, Antonio. *Derecho penal parte general*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Derecho penal parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz y GOSSEL, kart. *Derecho penal parte general*, Tomos I y II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, Santiago. Et. Al. *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*, 7ma. Edición, Editorial Reppetor, Barcelona, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. "Límites del normativismo en derecho penal". En: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MORALES BRAND, José Luis. *Derecho penal*, 4ta. Edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal parte general*, 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal parte general*, 2da. Edición, Castellanos Editor, Madrid, 1986.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 1999.
- PEÑA - CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Teoría general de la imputación del delito*, Editorial Rhodas, Lima, 2004.
- PEÑA GONZÁLES, Óscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, APECC, Lima, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Et. Al. *Un nuevo sistema de derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Editorial Grijley, Lima, 1998.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal parte general*, Tomo II, Volumen I (Teoría Jurídica del Delito), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- PRIETO SANCHIS, Luís. Et. Al. *Introducción al derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996.
- PUIGPELAT MARTÍ. Francesca. "Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 75, Madrid, 1990.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Et. Al. *Manual de derecho penal parte general*, 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *La ciencia penal a través de sus autores*, Flores editor, México, 2009.
- RIGHI, Esteban. *Derecho penal parte general*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español. Parte general*, 10ma. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1986.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Sergio. *El concepto de delito*, Poder Judicial de Aguascalientes, Aguascalientes, 2006.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Editorial Idemsa, Lima, 1998.
- ROXIN, Claus. "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal". En: *Problemas actuales de dogmática penal*, ARA Editores, Lima, 2004.
- RUSCONI, Maximiliano. Et. Al. *Derecho penal parte general*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- SANCINETTI Marcelo. *Casos de derecho penal*, 2da. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
- SCHMIDHAUSER, Eberhard. "Sobre la sistemática de la teoría del delito. Un tema fundamental de Radbruch desde punto de vista de la nueva dogmática penal". En: *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, N° 05, Buenos Aires, 1975.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- SERRANO MAILLO, Alfonso. *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. "El conocimiento científico del derecho penal". En: *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Volumen I, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

- SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992. *El mismo. Consideraciones sobre la teoría del delito*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Et. Al. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general, hecho punible I*, Editorial Ederma, Madrid, 1982.
- TIEDEMANN, Klaus. "Requisitos fundamentales de una regulación de la parte general". En: *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal*, PUCP. Lima, 2003.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho penal parte general*, 3ra. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. *Lecciones de derecho penal parte general*, Editorial Cuzco, Lima, 1990.
- VON FEURBACH, Paul Joham Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, 1989.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal Alemán*, Ediciones Jurídicas de Santiago de Chile, Santiago, 1970.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Et. Al. *Derecho penal parte general*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
- ZIELINSKY, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José María. *Derecho penal parte general*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

2. Con relación al ontologicismo y normativismo

- ALCACER GUIRAO, Rafael. "¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de la norma? Consideraciones sobre el destinatario de la norma". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 02, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "Significación social y tipicidad". En: *Estudios penales y criminológicos V*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1981.

- CEREZO MIR, José. "Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- CEREZO MIR, José. *Temas fundamentales del Derecho penal*, Tomo III, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006.
- GRACIA MARTIN, Luís. "El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). N° 06-07, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona*, Traducción de Cancio / Feijoo, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. "Límites del normativismo en derecho penal". En: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Derecho penal y sociedad*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- ROXIN, Claus. "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal". En: *Problemas actuales de dogmática penal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Normas y acciones en derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 2003.

3. Con relación a las escuelas penales

- DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo, causalismo, finalismo, funcionalismo y la reforma penal*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría del delito*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- MEDINA PEÑALOZA, Sergio. *Teoría del delito*, Ángel editor, México, 2008.
- ORELLANA WIARCO, Octavio. *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ROXIN, Claus. *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, Editorial UBIJUS, México, 2009.

4. Con relación al comportamiento humano como elemento de la teoría del delito

- ALLER, Germán. *Dogmática de la acción y praxis penal*, Editorial B de F, Montevideo, 2009.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición, Editorial Akal, Madrid, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento". En: *Estudios de derecho penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito pretípica". En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Luzón / Mir (Directores), Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- HIRSCH, Hans Joachim. "La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft". En: *Derecho penal. Obras completas*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- JAEÉN VALLEJO, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*, Editorial Colex, Madrid, 1994.
- JAKOBS, Günther. "Acción y omisión en el derecho penal", Traducción de Rey / Sánchez-Vera, Cuadernos de Conferencia y Artículos, Nº 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- MARINUCCI, Giorgio. *El delito como acción. Crítica de un dogma*, traducción de Saínz-Cantero, Editorial Pons, Barcelona, 1998.
- QUINTERO, María Eloísa. "Omisión vs acción. Responsabilidad por la conducta omisiva". En: *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del Siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.
- STRUENSEE, Eberhard. "Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima, 1994.

5. Con relación a la tipicidad

- BACIGALUPO, Enrique. "La imputación objetiva". En: *Revista de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, Manizales, 1992.
- BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "Lineamientos generales de la imputación objetiva en el tipo de omisión impropia". En: *Ponencia del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba, 2003.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Omisión. Concepto e imputación objetiva*, Editorial Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2007.

- BUNGE, Mario. *En la causalidad. el principio de causalidad en la ciencia moderna*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "Significación social y tipicidad". En: *Estudios penales y criminológicos V*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1981.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "La imputación objetiva". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "La teoría de la adecuación social en Welzel". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima, 1994.
- 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*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2000.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva". En: *El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CARO JOHN, José Antonio. "La imputación objetiva en la participación delictiva". En: *Comentarios a la jurisprudencia penal*, Nº 01, Editorial Grijley, Lima, 2003.
- CARO JOHN, José Antonio. "La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal". En: *Revista Nueva Doctrina Penal*, Nº 02, Buenos Aires, 2005.
- CASTALDO, Andrea R. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Traducción de Antonio Bonnano, Colección Maestros del Derecho Penal, Nº 16, Editorial B de F, Montevideo, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Imputación objetiva en el delito imprudente". En: *Cuadernos del Consejo Judicial*, Nº XVI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005.
- CORNACCHIA, Luigi. "Causa ad excludendum: La problemática de la interrupción del curso causal". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 02, Lima, 2001.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Tipicidad e imputación objetiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España". En: *La imputación objetiva en el derecho penal*, Editorial Idemsa, Lima, 1997.
- DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995.
- DONNA, Edgardo A. *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación. Caso fortuito. Imputación objetiva. Tentativa. Delitos e omisión, culposos y preterintencionales. Causalidad científica. Delito imposible*", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995.
- FRISCH, Wolfgang. "La imputación objetiva. Estado de la cuestión". Traducción de Robles Planas. En: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid-España, 2000.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*", Editorial Atelier, Barcelona, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de las ideas*", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Qué es la imputación objetiva?". En: *Estudios de derecho penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación objetiva y cualificación del resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca de la teoría de la imputación objetiva". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 09, Lima, 1999.
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Imputación objetiva y principio de lesividad". En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- HRUSCHKA, Joachim. "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", Traducción de Baldó Lavilla. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

- HRUSCHKA, Joachim. "La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 02, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- HUERTA TOCILDO, Susana. "La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial". En: *La Ley*, N° 03, Madrid, 1983.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- JAKOBS, Günther. "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza". En: *Estudios de derecho penal*, Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- 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, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- KAUFMANN, Armin. "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan". En: *Nuevo Pensamiento Penal*, Bogotá, 1973.
- KAUFMANN, Armin. "¿Atribución objetiva en el delito doloso?", Traducción de Cuello Contreras. En: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- LARRAURI, Elena. "Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a riesgo propio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Relación causal. ¿Diversos planos de la causalidad?". En: *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- MARINUCCI, Giorgio. "Non cé dolo senza culpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e transfigurazione nella colpevolezza". En: *Revista Italiana Diritto e procedura Penale*, Giuffré Editore, Fasc. 1, Milano, 1991.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "La imputación objetiva del resultado", Editorial EDERSA, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "¿Relevancia en los comportamientos alternativos conforme a derecho en la imputación objetiva del resultado?". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin*, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcances de la imputación objetiva en derecho penal". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en derecho penal*", Ministerio de Justicia Interior, Madrid, 1995.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "Causalidad y determinabilidad". En: *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Editorial Lerner, Córdoba, 2001.
- PUPPE, Ingeborg. "Causalidad". En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº XLV - II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1992.
- PUPPE, Ingeborg. "Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto". En: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig y Luzón Peña (Coord.), Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, Traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada, 2001.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.
- ROXIN, Claus. "Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el derecho penal". En: *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976.
- ROXIN, Claus. "Finalidad e imputación objetiva". Traducción de Enrique Casas Baquero. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Editorial Edersa, Madrid, 1990.
- ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima, 1997.
- RUEDA MARTIN, 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*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- RUSCONI, Maximiliano. *Imputación, tipo y tipicidad conglobante*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una fundamentación del ilícito*, Editorial Temis, Bogotá, 1995.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SANCINETTI, Marcelo A. "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones sobre la imputación objetiva". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, Editorial Grijley, Lima, 2000.
- STRUENSEE, Eberhard. "Atribución objetiva e imprudencia". Traducción de Serrano González de Murillo. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 44, Editorial Edersa, Madrid, 1991.
- STRUENSEE, Eberhard. "Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo". Traducción de Fabrizio Guariglia. En: *El Derecho penal de hoy. Homenaje al Profesor de David Baigún*, Editorial El Puerto, Buenos Aires, 1995.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma". En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo X, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1987.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Relación de causalidad: indicaciones para una actualización". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 02, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000.
- WOLF, Erik. *Las categorías de la tipicidad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- WOLTER, Jürgen. "La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Gimbernat / Schünemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.

6. Con relación a la antijuridicidad

- BALCARCE, Fabián Ignacio. *La antijuridicidad penal*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2001.

- BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Editorial Bosch, Barcelona, 1994.
- DE LA FUENTE, Javier y MAIZA, María Cecilia. *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2008.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ MESA, Marcelo. *Antijuridicidad y causas de justificación*, Editorial EDISOFER, Buenos Aires, 2010.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- 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.
- POMARES CINTAS, Esther. *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*. Editorial Comares, Granada, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La función de la delimitación del injusto y culpabilidad". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schünemann / De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *Efecto oclusivo entre causas de justificación*, Editorial Comares, Granada, 2009.
- TRAPERO BARREALES, María. *El error en las causas de justificación*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuridicidad y justificación*, Editorial Trillas, México, 2006.

7. Con relación a la culpabilidad

- BINDING, Karl. *Culpabilidad en el derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo, 2009.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Teoría funcional de la pena y culpabilidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2008.
- COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos de derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- COVELLI, José Luis. Et. Al. *Imputabilidad y capacidad de culpabilidad*, Editorial Dosyuna, Buenos Aires, 2009.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- DIAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Montevideo, 2004.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo, 2006.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del derecho penal*, ARA editores, Lima, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Culpabilidad en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Imputabilidad y culpabilidad*, editorial Porrúa, México, 2002.
- MANSO PORTO, Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- MARTIN CRUZ, Andrés. *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razones de edad*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. "El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad", Editorial La Ley, Madrid, 2007.
- PARMA, Carlos. *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*, Editorial Cuyo, Mendoza, 1997.
- ROXIN, Claus. "¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?" En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 30, Madrid, 1986.
- URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*, Editorial Comares, Granada, 2004.

8. Con relación a la tentativa y consumación

- ALCACER GUIRAO, Rafael. *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
- FUENTES OSORIO, Juan. *Formas de anticipación de la tutela penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- GARCIA GARCIA, Rodolfo. *Tratado sobre la tentativa*, 2da. Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Breve ensayo sobre la tentativa*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- PÉREZ FERRER, Fátima. *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- PESSOA, Nelson. *Injusto penal y tentativa*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración*, Jurídica de las Américas, Santiago, 2009.
- POZUELO PÉREZ, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ROZO ROZO, Julio. *La tentativa*, Academia colombiana de jurisprudencia, Bogotá, 2004.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José. *Fundamentación del injusto de la tentativa*, Editorial Lerner, Córdoba, 2001.

9. Con relación a la autoría y participación

- BOLEA BARDÓN, CAROLINA. *Autoría mediata en Derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CEREZO MIR, José. "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española, y autoría y participación en el derecho vigente y en el futuro Código penal". En: *Problemas fundamentales del derecho penal*, Editorial Pons, Madrid, 1982.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod. *El dominio del hecho*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.
- DONNA, Edgardo. *Autoría y participación criminal*, Editorial Comares, Granada, 2009.
- FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal*, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José María. "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Autoría y participación (arts. 27, 28 y 29 del Código penal español)". En: *Comentarios al Código Penal español*, Tomo. III, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "El autor mediato en derecho penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1969.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*, Editorial Pons, Madrid, 2000.

10. Con relación a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

BARATTA, Anselmo. "Integración-prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid, 1984.

GILL, Hipólito. *La individualización judicial de la pena*, Gabinete de Estudios Culturales, San José, 1996.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. "Presente y futuro de las circunstancias modificativas". En: *Cuadernos del Consejo General*, Madrid, 1996.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "La determinación judicial de la pena". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima, 2000.

SALAZAR MARÍN, Mario. "La determinación judicial de la pena". En: *Nuevo Foro Penal*, N° 43, Editorial Temis, Bogotá, 1989.

11. Con relación a la pena y a las medidas de seguridad.

ALLER, Germán. "Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Bacigalupo*, ARA Editores, Lima, 2003.

ARANGO DURLING, Virginia. "Las medidas de seguridad en los códigos penales de España y Panamá". En: *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal latinoamericano*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999.

BUSTOS RAMIRES, Juan. "Las medidas de seguridad". En: *Obras completas*, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luís. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

JORGE BARREIRO, Agustín. "Las medidas de seguridad en la reforma penal española". En: *Política Criminal y Reforma Penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

- MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. "¿Medidas de seguridad ino-
cuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitu-
cionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad. En: *Re-
vista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N 02, Editorial Grijley, Lima,
2001.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*", Edito-
rial Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- TERRADILLO BASOCO, Juan. *Peligrosidad social y estado de derecho*", Editorial Akal,
Madrid, 1981.

CAPÍTULO V



PRIMER PASO: CONSTRUYENDO EL CASO

TERCERA PARTE: SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA



5.1 EL PROCESO DE SUBSUNCIÓN

En principio, en el terreno de la racionalidad, se sostiene la posibilidad de tener un sentido claro de la noción *subsunción* entendida básicamente como explicación; es decir, como integración de un fenómeno en una red teórica –en un patrón nómico.

Ahora bien, si empleamos la voz *subsunción* –mejor: *subsumir*– no lo hacemos en el entendido de reducir nuestro esquema de construcción de la teoría del caso al referente del silogismo jurídico; por el contrario, a lo largo de este estudio hemos evitado caer en el reduccionismo de la determinación deductiva final de la conclusión o consecuencia jurídica,⁴²³ sino que, hemos pretendido desarrollar todo el conjunto de operaciones previas que coadyuvan a la fijación de las premisas, desde la elaboración de los enunciados fácticos, la selección de la teoría del delito a aplicar y, ahora, la relación, encuadramiento o adecuación de los citados enunciados en los elementos que componen la mencionada teoría jurídica.

En otras palabras, empleamos el término *subsumir* en un sentido amplio, esto es, al procedimiento nomológico de relacionar los enunciados fácticos con las categorías normativas que presenta la teoría del delito.

423 El ideario jurídico está cada vez más lejos de reconocer que el jurista recibe un “orden jurídico acabado”, que puede ser aplicado por medio de operaciones deductivas, máxime si la ley, expresamente, contiene referencias a criterios valorativos o emplea conceptos indeterminados que requieren una particular concretización.

5.2 SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA. TRABAJANDO CON EL CASO DE LOS LADRONES DE TRIGO

Debemos de recordar que la teoría del caso, desde nuestro punto de vista, está conformada por cuatro momentos, los cuales están relacionados con las etapas del proceso penal. Así:

- | | | |
|----|--------------------------------------|--|
| 1. | Construcción del caso | Primeras diligencias de investigación |
| 2. | Recolección de la evidencia del caso | Diligencias de investigación complementarias |
| 3. | Depuración del caso | Etapas intermedia |
| 4. | Exposición del caso | Etapas del juicio oral |

Ahora bien, en lo que respecta al primer paso, esto es, la construcción del caso, el mismo presenta, a su vez, cuatro pasos:

1. Elaborando los enunciados fácticos
2. Seleccionando la teoría del delito a aplicar.
3. Subsumir los enunciados fácticos en los elementos de la teoría del delito seleccionada.
4. Evidencias.

Asimismo, este procedimiento de construcción del caso la estamos comentando a partir del capítulo III concluyéndolo en el capítulo VI del presente libro. Igualmente, el lector debe entender que estos pasos no son lineales, sino que, están interrelacionados y en constante revisión. Por eso, se afirma que la construcción del caso, la cual se realiza desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos, implica la elaboración de hipótesis iniciales de trabajo, las cuales están en continua verificación y reformulación.

Por otro lado, en los capítulos anteriores hemos trabajado tanto con la elaboración de los enunciados fácticos, así como la selección de la teoría del delito a aplicar; y, en el presente capítulo comentaremos el proceso de subsunción, esto es, la adecuación de los enunciados fácticos en los elementos de la teoría del delito seleccionada.

En efecto, se ha indicado, en varias oportunidades, que no es suficiente enumerar hechos –y ello por la imposibilidad de abarcar la infinita realidad– sino el de seleccionar aquellos que presentan relevancia jurídica y nos permita construir hipótesis de trabajo.

Ahora bien, esta relevancia jurídica se da cuando relacionamos, valorativamente, específicos enunciados fácticos con una determinada estructura normativa; en la medi-

da que, la mayoría de las normas son o imperativos condicionales⁴²⁴ o permisos condicionales; del mismo modo, muchas normas contienen mandatos legales condicionales o autorizaciones condicionales.⁴²⁵

En esa inteligencia, la condición está dada en la probanza de aquellos enunciados jurídicos que potencialmente son idóneos para la generación de la consecuencia jurídica prevista en una norma legal en concreto.

Sin embargo, en este trabajo dialéctico que consiste la construcción del caso, no necesariamente, y en especial el Ministerio Público, vamos a empezar por las evidencias para dar la relevancia jurídica de los enunciados fácticos; como tampoco iniciaremos siempre con los hechos; dado que, dependerá de las circunstancias concretas a las que nos enfrentemos.⁴²⁶ No obstante, sea cual fuese nuestro punto de partida, la retroalimentación que reciba nuestro caso, permitirá la construcción de enunciados fácticos susceptibles de ser verificados a través del material probatorio; y, con el citado material, podemos hacer revisiones y correcciones a nuestra cadena de eventos fácticos.

Pero, existe un punto de enlace entre los enunciados fácticos y las evidencias, un punto de referencia nomológico, que sirve de guía u orientación para aquel que está construyendo su caso; esto es, la norma jurídica, la cual, así sea de naturaleza sustantiva o bien procesal, refleja un proceso de subsunción de supuestos de hecho, que a su vez son las condiciones para la generación de consecuencias jurídicas.

En esa inteligencia, abonaría la labor del profesional del Derecho en conectar los enunciados fácticos con una concreta estructura normativa, y esa conexión o relación someterla al test de verificabilidad dado por las evidencias. Por tal razón, hemos colocado antes del rubro: “evidencias”, la tarea de subsumir los enunciados fácticos en las categorías normativas que ofrece la teoría del delito, siempre en el entendido que a la hora de elaborar el caso se da un proceso de retroalimentación.

424 En la terminología neokantiana sería “imperativos hipotéticos”.

425 Las condiciones que encontramos en tales normas –condicionales– se refieren generalmente a posibles condiciones o situaciones de la realidad o a posibles sucesos de esa misma realidad. De las normas condicionales, por otra parte, procede la autoridad que permite aplicar la correspondiente consecuencia jurídica que, en cualquier caso, depende de que se constate la existencia o no de los supuestos de hechos que conforman los tipos concretos de acontecimientos de tal realidad.

426 Por ejemplo, que al Ministerio Público le comuniquen la existencia de una fosa donde se hallan 20 cuerpos humanos decapitados, con las manos atadas, en un paraje desolado; aquí la autoridad ministerial empezará por el análisis del lugar de los hechos, así como procedimientos de recolección de evidencias, para luego ir elaborando cadenas de enunciados fácticos. En cambio, si el Ministerio Público ha recibido una denuncia, donde se da una descripción de determinados eventos con relevancia penal, su labor de investigación tendrá, como punto de partida, los supuestos fácticos que contiene la denuncia.

Ahora bien, para este proceso de subsumir, tomaremos en cuenta las 04 listas que recomendamos elaborar en el anterior capítulo; en el entendido de identificar cuál o cuáles de las mismas se ven configuradas con los enunciados fácticos; y, en concreto, cuál o cuáles de las figuras existentes en tales listas vienen relacionados con los mencionados enunciados.

En ese sentido, y tomando en cuenta la tabla que aparece en el apartado 3.3 de este libro, así como, el caso de los ladrones de trigo que venimos manejando como ejemplo, elaboraremos el siguiente cuadro:

III
SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

LISTA Nª 01. ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS EXCLUYENTES:

1. Conducta:

1.1 Elementos:

1.1.1 Voluntad

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, decidieron esperar, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, inmatriculado en el Distrito Federal-México, conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
- 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.

1.1.2 Exteriorización

- a. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.
- 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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
- 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.
- d. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
- e. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura.
- f. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.
- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- h. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- i. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.

III

**SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS
DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA**

- j. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- l. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.
- ñ. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
- o. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- p. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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, fugándose del lugar de los hechos.

1.2 Excluyentes:

- 1.2.1 Fuerza física irresistible
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.
- 1.2.2 Movimientos reflejos
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.
- 1.2.3 Estados de inconsciencia
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2. Tipicidad:

2.1 Elementos:

2.1.1 Tipo objetivo

2.1.1.1 Sujeto activo. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori.

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, esperaron en la Av. Isidro Fabella s/n colonia Los Jardines, Toluca-Estado de México, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, inmatriculado en el Distrito Federal-México, conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
- b. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- 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.
- d. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.

III

SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

- 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.
- 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.

2.1.1.2 Sujeto pasivo: Empresa de transportes “La flecha veloz”

- a. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.
- 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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- d. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- e. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

2.1.1.3 Bien jurídico protegido: Patrimonio

- 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.
- 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.
- 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.
- d. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.

III

SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

- e. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- 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.

2.1.1.4 Conducta típica: Robo

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

2.1.1.5 Medio empleado: Intimidación

- a. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- b. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.

2.1.1.6 Resultado: Apoderamiento (tentativa) de bien ajeno

- a. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
- b. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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.

III

SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

2.1.1.7 Relación de causalidad

- a. Existe una relación lógica o naturalística de causa-efecto.

2.1.1.8 Imputación objetiva

- 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.

2.1.2 Tipo subjetivo:

2.1.2.1 Tipo doloso. dolo y elementos subjetivos distintos al dolo

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

2.1.2.2 Tipo culposo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2 Excluyentes:

2.2.1 Acuerdo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invencible

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

III

**SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS
DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA**

3. Antijuridicidad:

3.1 Elementos:

3.1.1 Contrariedad con el Derecho

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

3.1.2 Daño social

- 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.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

3.2 Excluyentes:

3.2.1 Legítima defensa

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.2 Estado de necesidad justificante

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.4 Cumplimiento de un deber

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

III

SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

4. Culpabilidad:

4.1 Elementos:

4.1.1 Imputabilidad

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, son mayores de edad.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, presentan capacidad de entendimiento y comprensión de las normas.
- 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.

4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, comprenden el carácter ilícito de su comportamiento.

4.1.3 Exigibilidad

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, no presentan signo alguno de deformación de su voluntad.

4.2 Excluyentes:

4.2.1 Inimputabilidad:

4.2.1.1 Anomalía psíquica

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.1.2 Grave alteración de la conciencia

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.1.3 Minoría de edad

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.2 Error de prohibición (invencible)

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.3 Inexigibilidad:

4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.3.2 Miedo insuperable

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

5. Tentativa / consumación: Tentativa

- a. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
- b. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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.

III

SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

- 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.
- f. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.
- g. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.
- 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.

6. Autoría / participación: Coautores

- 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.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.
- 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.

LISTA Nª 02. AGRAVANTES: Depende de la legislación de cada Estado

- 1. Agravantes genéricos: (...)**
- 2. Agravantes específicos: (...)**

LISTA Nª 03. ATENUANTES: Depende de la legislación de cada Estado

- 1. Atenuantes genéricos: (...)**
- 2. Atenuantes específicos: (...)**

LISTA Nª 04. CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENA: Depende de la legislación de cada Estado

Del citado cuadro, es menester efectuar las siguientes precisiones:

- 1. Para establecer si una concreta figura, de aquellas que aparecen en las cuatro listas, se ha configurado, es menester elaborar una cadena de enunciados fácticos.
- 2. La citada cadena deberá contener aquellos enunciados fácticos que aparecen en nuestra primera columna de la tabla elaborada en el apartado 3.3 del presente estudio.
- 3. Si para la elaboración de la cadena se plantean enunciados fácticos inexistentes en la primera columna de la tabla antes mencionada, entonces se dará una in-

- congruencia entre el material fáctico conocido con aquel que se subsumirá a la teoría del delito, poniéndose en peligro la teoría del caso.
4. Existirán tantas cadenas de enunciados fácticos como figuras existentes en las cuatro listas y que se hayan configurado.
 5. No es necesario colocar todos los enunciados fácticos de la primera columna en cada una de las cadenas que se elaboren; por el contrario, basta con seleccionar aquellos enunciados que justifiquen la cadena elaborada, en términos de configuración de la respectiva figura normativa.
 6. Es irrelevante que se repitan determinados enunciados fácticos en las respectivas cadenas, cuando son éstos los que dotan de sentido –significado lógico normativo– a las mencionadas cadenas. Recuérdese que hay un único material fáctico, las repeticiones de sus enunciados será usual.
 7. Una figura normativa no se configurará si no existe la respectiva cadena de enunciados fácticos –bastaría con mencionar tal situación en nuestra tabla de construcción del caso.
 8. Si la figura normativa si se configura, a consecuencia de la cadena de enunciados fácticos elaborada, entonces a un lado de la citada figura se mencionará la conclusión o resultado de tal configuración.
 9. En cuanto a la lista de atenuantes, agravantes y cancelación de la sanción no se ha decidido llenarla por el hecho de ser temas que presentan una mayor diversidad de criterios en cada legislación estatal, por lo que, para evitar confusión en el lector, sea él quien los establezca, de conformidad con su Derecho positivo; ello, además, servirá como ejercicio de comprensión y aplicación de lo trabajado hasta este momento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.A.V.V. *Relativismo y racionalidad*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- CARRIÓ, Germán. *Notas sobre el derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.
- CREUS, Carlos. *Ciencia y dogmática. Interpretación y aplicación del Derecho penal*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998.
- DIEZ, José y MOULINES, Ulises. *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 3ra. Edición, Editorial Ariel, Madrid, 2008.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópic jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- TILLERS, Peter. "Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico". En: *Doxa*, N° 30, 2007.

CAPÍTULO VI



PRIMER PASO: CONSTRUYENDO EL CASO

CUARTA PARTE: EVIDENCIAS



6.1 DATOS DE PRUEBA Y LA PRUEBA PROPIAMENTE DICHA

6.1.1 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 en 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.⁴²⁷

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 sufi-

427 En el sistema anterior, donde tales principios no se veían cristalizados, ya no se estaba juzgando gente, sino papeles, legajos, cadáveres. Como indica el prof. Henry Cruz, estamos juzgando seres humanos, pero para ello, debemos ser seres humanos, comprometidos con los principios y valores que 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. 07

cientes 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.

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 obtenida 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 ésta 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 sí 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 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 notificado, 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 concreto: 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 formulación 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 sobreseerse si el comportamiento sea 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 provisorio 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 tanto, el proceso penal podrá transitar de la investigación al juzgamiento, sólo 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.⁴²⁸

- (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.

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

6.1.2 PRUEBA PROPIAMENTE DICHA

6.1.2.1 CONCEPTO

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.

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 que 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.⁴²⁹

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.⁴³⁰

Considera Mixán Mass,⁴³¹ 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 sólo 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

429 MITTERMAIER, Karl. "TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 04.

430 CAFFERATA NORES, José. "LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 59.

431 MIXÁN MASS, Florencio. "CATEGORÍAS Y ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL", Ediciones BLG, Trujillo, 1996, pp. 22-75.

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 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.⁴³²

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.⁴³³

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.⁴³⁴ 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.

432 MAIER, Julio. "DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO", Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 564.

433 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. "DERECHO PROCESAL PENAL. LA REALIZACIÓN PENAL", Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 280.

434 CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. "DERECHO PROCESAL PENAL. EL PROCEDIMIENTO EN LOS CÓDIGOS DE LA NACIÓN Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES", Editorial 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.⁴³⁵ 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–.⁴³⁶

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.⁴³⁷

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.⁴³⁸

435 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", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 75.

436 CAFFERATA NORES, José. "PROCESO PENAL Y VERDAD HISTÓRICA". En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 49.

437 CABANELLAS, Guillermo. "DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL", 15va. Edición, Tomo VI, Buenos Aires, 1981, p. 497.

438 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.

Sin embargo, el jurista argentino Vivas sostiene que la Constitución sólo requiere 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.⁴³⁹ 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.⁴⁴⁰

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 buscado 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.⁴⁴¹ En efecto, en un momento inicial del proceso sólo pueden hablarse de afirmaciones que sostiene una parte, que por sí solas resultan insuficientes para llegar a sustentar la sentencia, requiriéndose, por 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.⁴⁴²

Por 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 principal actores a las partes, y su objeto será, a través de un contexto dialéctico, verificar la acusación durante el juicio oral.

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.

Para mayores detalles, véase: DEVIS ECHANDIA, Hernando. "TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL", Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pp. 12-19.

439 VIVAS USSHER, Gustavo. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", Tomo I, Editorial Alveroni, Córdoba, 1999, p. 238.

440 BOVINO, Alberto. "PRINCIPIOS POLITICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 61.

441 MAIER, Julio. "DERECHO PROCESAL PENAL: FUNDAMENTOS", Tomo I, 2 da. Edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 854.

442 MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín. "DERECHO PROCESAL PENAL", 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 2005, p. 371.

6.1.2.2 ELEMENTOS DE LA PRUEBA

En principio, se debe considerar que el término *prueba* es polisémico, pues designa diversos aspectos, cada uno con un significado especial.⁴⁴³ Además, la prueba es una figura multidisciplinaria, ya que involucra varias áreas del quehacer humano que, si bien tienen relación, es necesario diferenciar para una adecuada comprensión de las cuestiones asociadas con ella.⁴⁴⁴

Así, tomando una descripción global y amplia de este fenómeno, es posible mencionar tres importantes facetas de la prueba procesal, en cada una de las cuales se presentan con distinta intensidad las disciplinas que concurren en el rubro del establecimiento judicial de los hechos. Cabe hablar de la prueba como actividad, medio y resultado.⁴⁴⁵

Podemos identificarla, en primer lugar, como una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes para sustentar sus alegaciones y el juzgador determina la *quaestio facti* debatida. En este sentido, la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos. Desde la óptica técnico-procesal, esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, que fija la manera como debe producirse la prueba al interior de un juicio.⁴⁴⁶

La prueba judicial aparece, además, como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base en los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa. Bajo esta perspectiva, la doctrina jurídica alude a la prueba como “medio”, refiriéndose con ello a los antecedentes que puede utilizar el juez para determinar la materia factual del juicio.

Asimismo, se afirma que la prueba judicial constituye un resultado, consistente en la conclusión a la cual arriba el juzgador sobre el *factum probandum* a partir de los antecedentes allegados al proceso. Corresponde a la parte final del trabajo probatorio, en la cual el juzgador resuelve cuáles afirmaciones de hecho pueden darse por verificadas.

443 TARUFFO, Michele. “LA PRUEBA DE LOS HECHOS”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 439.

444 WRÖBLEWSKI, Jerzy. “LA PRUEBA JURÍDICA: AXIOLOGÍA, LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN”. En: *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 171.

445 Siguen esta estructura: GASCÓN ABELLÁN, Marina. “LOS HECHOS EN EL DERECHO. BASES ARGUMENTALES DE LA PRUEBA”, 2da. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2004, pp. 83-86. FERRER BELTRÁN, Jordi. “PRUEBA Y VERDAD EN EL DERECHO”, 2da. Edición, Editorial Pons, Madrid, 2005, pp. 27-29.

446 MENESES PACHECHO, Claudio. “FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”. Revista: *Ius et praxis*, Año 14, N° 2, Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 46.

En la lengua inglesa, en cambio, se emplean los vocablos *evidence* y *proof* para individualizar las principales cuestiones de la prueba judicial. En ese orden de ideas, la prueba como medio es abordada con la denominación *evidence*, haciéndose uso del término *jeans of proof* muy esporádicamente; lo concerniente al resultado es singularizado con el vocablo *proof*; por su lado, lo referido a la actividad probatoria se vincula con el término *litigation*, que en este marco designa el procedimiento formal al que debe sujetarse una acción judicial.

En una aproximación a los conceptos manejados en el modelo angloamericano, podemos decir que la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa. *Evidence* es definida como algo (incluido testimonios, documentos y objetos tangibles) que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado.

Por otro lado, en cuanto a la estructura de la prueba es factible identificar los siguientes elementos:

- **Fuente de prueba.** Para Sentis Melendo, el fenómeno probatorio no pertenece esencialmente al mundo jurídico. En ese sentido, las fuentes de pruebas son elementos que existen en la realidad; mientras que los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso. La fuente es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y entraña al proceso, en tanto que el medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso; en cambio, el medio nacerá y se formará en el proceso.

Para nosotros fuente de prueba es el origen donde emana la información. Es decir, es el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos. La fuente, se sitúa fuera del juicio y con anterioridad a él; emergen y se forman extraprocesalmente. Esto último, permite distinguir las fuentes de los medios, es su ubicación y previa ajena al proceso judicial.

Asimismo, las fuentes pueden ser: personas (acusado, víctima, testigos o peritos), lugares, objetos y documentos. Sobre la fuente de prueba cabe la tacha, que consiste en la imposibilidad jurídica de la fuente para manifestar su información al proceso; usualmente, la tacha se aplica contra personas, ya sea testigos o bien peritos; *aunque consideramos que un proceso acusatorio con tendencia adversarial esta figura no debe proceder, dado que la credibilidad de las fuentes de prueba se establecen en la audiencia del juicio oral, y no antes.*⁴⁴⁷.

447 En efecto, en un modelo acusatorio con tendencia adversarial, toda persona que tenga información, sensorial o bien de oídas, de lo sucedido y que es marco de análisis en el proceso penal, es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento; estando sujeto a las

- **Medios de prueba.** En nuestra lengua, medio es definido como una cosa que puede servir para un determinado fin. Trasladando a nuestro tema, es dable decir que los medios de prueba son los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal.

Los medios de prueba se sitúan en el área del proceso. Trátase del conjunto de elementos que se aceptan en una causa para acreditar las afirmaciones de hecho en torno a las cuales debaten las partes ante el tribunal. Consiste, pues, en una figura de contexto judicial; está orientada hacia los fines del proceso jurisdiccional; su utilidad se define en pos de ello y, la regulación jurídica de su idoneidad debe estar inspirada en dicha dirección.

Al respecto, los medios son aquellos instrumentos o vías que permiten el ingreso de la información al proceso penal. En ese sentido, de la fuente testigos, se tiene su medio de prueba, la testimonial; del perito se tiene como medio probatorio la pericia; del lugar o de las cosas, el medio de prueba es la inspección; y, de los documentos los medios de prueba serían la exhibición, reconocimiento y el cotejo. Al respecto, también puede cuestionarse la admisibilidad de los medios de prueba, a través de la oposición, la cual descansa en la falta de pertinencia o utilidad del medio probatorio, o bien, por la inobservancia de alguna norma procesal, bajo sanción de nulidad, o la afectación de algún derecho constitucional.

Asimismo, es interesante señalar lo dispuesto en el artículo 332° del Código Procesal Penal de Oaxaca, que precisa: “Constituye medio de prueba todo instrumento que conduzca a un conocimiento cierto o probable sobre un hecho,

reglas del examen y del contra examen, así sea, si dicha persona presenta algún vínculo familiar, afectivo, amical, laboral, etc., con el acusado. En ese sentido, en modelos no acusatorios, el tema de la vinculación entre el testigo y el acusado era trabajado como una causal de inadmisibilidad de su declaración en el juicio oral; es decir, no era relevante lo que tenía que declarar, sino que, de plano se le excluía de declarar por el sólo hecho de tener algún vínculo o relación con el acusado, conllevando a una duda de su imparcialidad. No obstante, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, lo relevante no es la relación que tenga el testigo con el acusado, sino lo que tenga que declarar. Porque es ilógico eliminar de plano al cónyuge que presencié cómo mataban al otro cónyuge por el vínculo marital que tienen. Otra cosa es que el testigo mienta para favorecer o perjudicar al acusado. Pero el hecho de mentir no es una cuestión de admisibilidad de la prueba, sino de credibilidad, que son las partes a través del examen y del contra examen los llamados a establecer. Ello está recogido en el texto adjetivo chileno de 2000; es decir, en lo que respecta a la prueba testimonial, se regula el *principio del no testigo inhábil*, propio de un modelo adversarial; es decir, en el proceso penal chileno no existen los testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

que ingrese al proceso en una audiencia de las previstas en este Código con observancia de las formalidades correspondientes. La prueba incorporada en una audiencia sólo se puede utilizar para fundar la decisión que el tribunal competente debe dictar en ella, salvo las excepciones contenidas en este Código”.

- **Resultado de prueba.** Es la convicción del juzgador en torno a la materia controvertida o cuestionada; por ejemplo, de la verosimilitud de la posición de la Fiscalía, o bien de la defensa. Igualmente, se puede cuestionar el resultado probatorio, a través de los medio impugnatorios.

6.1.2.3 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:

- 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.
- 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.
- 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 sen-

tido, 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,⁴⁴⁸ 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 si están sometidos al principio de contradicción. • Los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del Juez.

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.

448 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 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.

6.1.3 PRUEBA ANTICIPADA E IRREPRODUCTIBLE

En doctrina se distingue entre *prueba anticipada* y *prueba pre constituida*, que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos. Pero en todo caso, tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce *antes* de la oportunidad en que debiera hacerse que, como bien sabemos, no es otra que el *juicio oral*, puesto que es la etapa en que tiene lugar el juicio propiamente tal, constituyendo todas las anteriores actuaciones una mera preparación del mismo.

Teniendo en común la característica ya anotada, lo que distingue a la prueba pre constituida de la prueba anticipada es que, en la primera, el medio de prueba se produce incluso *con anterioridad a la existencia de un conflicto*, precaviendo que éste pueda llegar a ocurrir en el futuro. Ejemplo por antonomasia de esta clase de pruebas son los *documentos*, especialmente las escrituras públicas y privadas, mediante las cuales se deja constancia de los términos de un contrato. Si bien el campo de acción de las pruebas pre constituidas parece ser el proceso civil, donde predomina el documento como medio de prueba, también tienen aplicación en el proceso penal, como cuando en los bancos y grandes tiendas se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos. Otro ejemplo serían las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de narcotráfico, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

En la prueba anticipada, en cambio, la prueba se produce *con posterioridad* a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso. Aquí nuevamente es preciso hacer algunas distinciones, derivadas, a su vez, de la necesidad de fijar ciertos medios de prueba *perecibles*, esto es, aquellos que pierden su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo. Ejemplos de este tipo de prueba son los exámenes físicos a que son sometidos quienes han sido víctima de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio, lesiones, delitos sexuales, etc.) o los análisis de laboratorio de muestras orgánicas, tales como sangre, semen, pelos, etc., con el fin de individualizar a la persona a que corresponden, o bien pesquisar la presencia de alguna sustancia química en ellos (tales como veneno, alcohol, estupefacientes, etc.). Caen también dentro de esta categoría de pruebas anticipadas la inspección ocular y la fijación fotográfica o por otros medios de ciertos objetos o lugares, como por ejemplo, el aspecto que presentaba el lugar en que sucedieron los hechos. Si bien es cierto que todo medio de prueba pierde su aptitud probatoria pasado algún tiempo, en los casos nombrados esto ocurre en un lapso muy breve, de manera que es necesario fijarlos de inmediato, aunque se vayan a presentar en el juicio mucho después. Es lo que algunos autores denominan “pruebas en conserva”.

Pero es otro el concepto de prueba anticipada que recoge, textos adjetivos como el Código Procesal Penal peruano del 2004,⁴⁴⁹ el de Chihuahua del 2006,⁴⁵⁰ de Oaxaca-

449 Según el texto adjetivo peruano, durante la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

- a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.
- b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior.
- c) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

La solicitud de prueba anticipada se presentará al Juez de la Investigación Preparatoria en el curso de la investigación preparatoria o hasta antes de remitir la causa al Juzgado Penal siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma. La solicitud precisará la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio. La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto.

El Juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada.

El Juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.

En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el Juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.

Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible.

La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del Fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento.

Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia.

también del 2006,⁴⁵¹ de Zacatecas del 2007,⁴⁵² de Morelos del 2008,⁴⁵³ de Durango

Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral.

Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor.

El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al Fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia.

Contra la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada, que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, así como decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia, procede recurso de apelación, con efecto devolutivo. Finalmente, las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia.

450 Según el artículo 267 del Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua (México), si el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la Audiencia de Debate del Juicio Oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciera temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, o algún otro obstáculo semejante, las partes podrán solicitar al Juez o, en su caso, al Tribunal de Juicio Oral, que se reciba su declaración anticipadamente. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia.

En ese sentido, el Juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la Audiencia de debate de juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en el mismo. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia. Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del Juez, quien practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia.

La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá video grabarse en su totalidad y, concluida la misma, se le entregará al Ministerio Público el disco compacto en que conste la grabación y copias del mismo a quien lo solicite, siempre que se encuentre legitimado para ello.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la Audiencia de debate de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

Según el artículo 270 también del texto adjetivo del Estado de Chihuahua (México), cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por el Ministerio Público, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquél.

Aun cuando no comparezca a la realización del peritaje el perito designado por el defensor del imputado, o éste omite designar uno para tal efecto, la pericial se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo que antecede, la pericial en cuestión deberá ser desechada como prueba, en caso de ser ofrecida.

del 2009,⁴⁵⁴ del Estado de México, también del 2009⁴⁵⁵ y el Código Modelo⁴⁵⁶, pues no

451 Según el artículo 263 del Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca, cuando sea necesario recibir declaraciones que, por algún obstáculo excepcionalmente difícil de superar, como la ausencia, la distancia insuperable o la imposibilidad física o psíquica de quien debe declarar, se presume que no podrá ser recibida durante el juicio, las partes podrán solicitar al juez competente la práctica de la diligencia. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiese para la fecha del debate, la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio.

En ese sentido, la solicitud contendrá las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarlo y se torna indispensable. El juez ordenará el acto si lo considera admisible e indispensable, valorando el hecho de no poderse diferir para la audiencia de juicio sin grave riesgo de pérdida por la demora. En ese caso, el juez citará a todos los intervinientes, sus defensores o representantes legales, quienes tendrán derecho a asistir y a ejercer en el acto todas las facultades previstas respecto de su intervención en la audiencia.

El juez hará constar el contenido de la diligencia en un registro con todos los detalles que sean necesarios, en la cual incluirá las observaciones que los intervinientes propongan. El registro contendrá la fecha, la hora y el lugar de práctica de la diligencia, será firmada por el juez y por los intervinientes que quisieren hacerlo. Cuando se trate de actos divididos o prolongados en el tiempo, podrán constar en actas separadas, según lo disponga el juez que dirige el proceso. Se podrá utilizar, a petición de parte o de oficio, grabación auditiva o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta, en la que constará el método utilizado y la identificación del resguardo.

Si las reglas señaladas en los párrafos precedentes son estrictamente observadas, el registro y las grabaciones del acto que hayan sido dispuestas, podrán ser incorporados a las audiencias por lectura o reproducción.

452 Artículo 303. “Cuando sea necesario recibir declaraciones que, por algún obstáculo excepcionalmente difícil de superar, como la ausencia o la imposibilidad física o psíquica de quien deba declarar, se presume que no podrán ser recibidas durante el juicio, las partes podrán solicitar al Juez el anticipo de prueba”.

Artículo 304. “La solicitud contendrá las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarlo y se torna indispensable.

El Juez ordenará el acto si lo considera admisible e indispensable, valorando el hecho de no poderse diferir para la audiencia de juicio, sin grave riesgo de pérdida por la demora. En ese caso, el Juez citará a todos los intervinientes, sus Defensores o representantes legales, quienes tendrán derecho a asistir y a ejercer en el acto todas las facultades previstas respecto de su intervención en la audiencia. El imputado que estuviere detenido será representado en todos los efectos por su Defensor, a menos que pidiere expresamente intervenir de modo personal y siempre que no haya un obstáculo insuperable, por la distancia o condiciones del lugar donde se practica el acto”.

Artículo 305. “El Juez hará constar el contenido de la diligencia en un acta con todos los detalles que sean necesarios, en la cual incluirá las observaciones que los intervinientes propongan. El acta, que contendrá la fecha, la hora y el lugar de práctica de la diligencia, será firmada por el Juez y los intervinientes que quisieren hacerlo. Cuando se trate de actos divididos o prolongados en el tiempo, podrán constar en actas separadas, según lo disponga el Juez que dirige el proceso, o, en los peritajes, encomendar a los peritos que consignen en su dictamen un relato pomenorizado de los actos u operaciones cumplidos.

atiende al carácter intrínsecamente percible de la prueba, sino a la imposibilidad de

Se podrá utilizar, a petición de parte o de oficio, la grabación auditiva o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta, en la que constará el método utilizado y la identificación de resguardo.

Finalizada la intervención judicial, el Juez remitirá las actuaciones, las cosas y los documentos del acto al Ministerio Público”.

Artículo 306. “Si estas reglas son observadas, el acta respectiva y las grabaciones del acto que hayan sido dispuestas, podrán ser incorporadas a la audiencia del juicio por lectura o reproducción.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha del juicio, la persona deberá concurrir a prestar su declaración”.

Artículo 307. “Si el testigo se encuentra fuera del territorio estatal o en el extranjero y no puede aplicarse lo previsto en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez competente que también se reciba su declaración como prueba anticipada.

Para el caso de prueba anticipada que deba recabarse en el extranjero, se estará a la legislación federal de la materia y a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos.

En caso de que el testigo se encuentre en otro Estado, la petición se remitirá al Tribunal del Estado que corresponda.

En el caso del párrafo anterior, en la solicitud se precisarán las personas a quienes deberá citarse para que concurran a la audiencia en que se recibirá la declaración, en la cual podrán ejercer todas las facultades que les corresponderían si se tratase de una declaración prestada durante la audiencia del juicio”.

Artículo 308. “Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando la recepción de la declaración se deba practicar con extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del Juez y éste actuará prescindiendo de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. En el acta se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia”.

453 Artículo 265. “Al concluir la declaración del testigo ante el Ministerio Público, éste le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacersele la prevención prevista en el párrafo anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar o algún otro obstáculo semejante, el Ministerio Público o el defensor del imputado podrán solicitar al juez, o en su caso, al tribunal de juicio oral, que se reciba su declaración anticipadamente. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la audiencia de debate de juicio oral”.

Artículo 266. “En los casos previstos en el Artículo precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en el mismo. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia. Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez y practicar el acto

rendirla en el momento y lugar donde haya de realizarse el juicio oral, o más exacta-

prescindiendo de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia.

La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá video grabarse en su totalidad y concluida la misma se le entregará al Ministerio Público el disco compacto donde conste la grabación y copias del mismo y a quien lo solicite, siempre que se encuentre legitimado para ello.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar su declaración”.

Artículo 267. “Si el testigo se encuentra fuera del territorio estatal o en el extranjero, el Ministerio Público o el imputado, podrán solicitar al juez competente que también se reciba su declaración como prueba anticipada.

Para el caso de prueba anticipada que deba recabarse en el extranjero, se estará a la legislación federal de la materia y a los tratados y convenios internacionales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos.

Si el testigo se encuentra en otro Estado de la República Mexicana, la petición se remitirá, por exhorto, al tribunal que corresponda, pidiéndole al juez exhortado que en la medida de lo posible se apliquen las disposiciones previstas en este Código para el desahogo de la prueba testimonial en el debate de juicio oral.

Si se autoriza la práctica de esta diligencia en el extranjero o en otro Estado de la República y ella no tiene lugar por causas imputables al oferente, se le tendrá por desistido”.

Artículo 268. “Cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado o al defensor público, en caso contrario, para que, si lo desea, designe perito para que conjuntamente con el perito designado por el Ministerio Público practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquel. Aún cuando no comparezca a la realización del peritaje el perito designado por el defensor del imputado, o éste omita designar uno para tal efecto, la pericial se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en este artículo, la pericial en cuestión deberá ser desechada como prueba en caso de ser ofrecida como tal”.

454 Artículo 279. “Cuando sea necesario recibir declaraciones que por algún obstáculo excepcionalmente difícil de superar, como la ausencia, la distancia insuperable o la imposibilidad física o psíquica de quien debe declarar, se presuma que no podrá ser recibida durante el juicio, las partes podrán solicitar al juez competente la práctica de la diligencia.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiese para la fecha del debate, la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio.

La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio oral”.

Artículo 280. “En los casos previstos en el artículo precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de debate de juicio oral, quienes ten-

mente, a la probabilidad de que ello ocurra.

drán todas las facultades previstas para su participación en el mismo. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia.

Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez, quien practicará el acto sin las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia.

La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá video grabarse.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar su declaración”.

Artículo 281. “Si el testigo se encuentra fuera del territorio estatal o en el extranjero, el Ministerio Público o el imputado podrán solicitar al juez competente que también se reciba su declaración como prueba anticipada.

Cuando la prueba anticipada deba recabarse en el extranjero, se estará a la legislación federal de la materia y a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por los Estados Unidos Mexicanos.

Si el testigo se encuentra en otro estado de la República Mexicana, la petición se remitirá por escrito al tribunal que corresponda, señalando en el exhorto el modo específico en que deberá desahogarse la prueba y transcribiendo las reglas conforme a este código.

Si se autoriza la práctica de esta diligencia en el extranjero o en otro estado de la República y ésta no tiene lugar por causas imputables al oferente, se le tendrá por desistida”.

Artículo 282. “Cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino en la cantidad estrictamente necesaria de la sustancia, a no ser que ésta sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso, el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado si éste ya se encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por el Ministerio Público, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquél. Aun cuando no comparezca a la realización del peritaje el perito designado por el defensor del imputado, o éste omite designar uno para tal efecto, la pericial se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo que antecede, la pericial en cuestión deberá ser desechada como prueba, en caso de ser ofrecida”.

455 Artículo 279. “Al concluir la entrevista del testigo o el informe del perito, la policía o el ministerio público le harán saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia de debate de juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio hasta esa oportunidad.

Si al hacerse la prevención prevista en el párrafo anterior, el testigo o perito manifiestan la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate de juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer a su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, o algún otro obstáculo semejante, las partes podrán solicitar al juez de control o al de juicio oral, que se reciba su declaración anticipadamente”.

Artículo 280. “La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia.

Cuando se solicite prueba anticipada el juez citará a audiencia para celebrarse dentro de los cinco días siguientes, a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la de debate de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en esta última, sin grave riesgo de pérdida por la demora y en su caso admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de debate de juicio oral.

El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para la práctica de la diligencia. Si no quisiera hacerlo, será representado por su defensor. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia”.

Artículo 281. “En caso de urgencia, el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a que reciba la solicitud de anticipo de prueba, deberá citar a la audiencia, procediendo como se señala en el artículo anterior”.

Artículo 282. “La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá registrarse en su totalidad, preferentemente en audio y video. Concluido el anticipo de prueba se entregará el registro correspondiente a) ministerio público y copias del mismo a quien lo solicite, siempre que se encuentre legitimado para ello.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, el testigo o perito deberá concurrir a prestar su declaración”.

Artículo 283. “Si el testigo se encuentra fuera del territorio estatal o en el extranjero, el ministerio público, la víctima, el defensor o el imputado podrán solicitar al juez competente que se reciba su declaración como prueba anticipada.

Para el caso de prueba anticipada que deba recabarse en el extranjero, se estará a la legislación federal de la materia y a los tratados internacionales. Cuando la declaración fuera esencial, en lo posible, se procurará acudir con las partes al lugar donde se encuentre. o financiar la asistencia del órgano de prueba por parte del Estado para el momento del juicio.

Si el órgano de prueba se encuentra en otro estado de la República Mexicana, la petición se remitirá via exhorto al tribunal que corresponda, se señalará el modo en que deberá desahogarse la prueba y se transcribirán las reglas del Código de Procedimientos Penales que deberán observarse.

Si se autoriza la práctica del anticipo de prueba en el extranjero o en otro Estado de la República, y no tiene lugar por causas imputables al oferente, se le tendrá por desistido”.

Artículo 284. “Cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo.

En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el ministerio público deberá notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por él, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia.

Aun cuando el imputado o el defensor no designen perito o el que designaron no comparezca a la realización de la pericia de muestra consumible e irreproducible, la misma se llevará

a cabo y será admisible como prueba en juicio. De no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo que antecede, la pericial deberá ser desechada como prueba, en caso de ser ofrecida”.

Artículo 285. “Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza o características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducible, el ministerio público ordenará su práctica, dejando registro fehaciente, para en su caso, incorporarlo a juicio”.

456 Artículo 285. “1. Hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que sea practicada ante el juez de control;
- b) Que sea solicitada por alguna de las partes;
- c) Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y
- d) Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

2. Se entenderá siempre, como prueba anticipada, la declaración del testigo, perito u oficial de la policía que manifiestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate de juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, o algún otro obstáculo semejante.

3. El ministerio público podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de menores de edad que fueren víctimas de delitos sexuales.

De igual forma, podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de la víctima y de testigos cuando, por la trascendencia de sus posibles declaraciones, implique un riesgo excepcional para su seguridad

4. La solicitud deberá expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarlo y se torna indispensable”.

Artículo 286. “1. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la audiencia de debate de juicio oral.

2. Cuando se solicite prueba anticipada el juez citará a audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de debate de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la audiencia de debate de juicio oral, sin grave riesgo de pérdida por la demora y en su caso admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de debate de juicio oral.

3. El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para la práctica de la diligencia. Si no quisiera hacerlo, será representado por su defensor. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia”.

Artículo 287. “En caso de urgencia, el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a que reciba la solicitud de anticipo de prueba, deberá citar a la audiencia, procediendo como se señala en el párrafo anterior”.

JURISPRUDENCIA

“En razón de las consideraciones que anteceden, podemos señalar que la prueba anticipada es un acto procesal que debe tener lugar después de incoado el proceso pero antes del debate oral y público, con las mismas características de oralidad y contradicción como si se efectuará en juicio oral propiamente dicho. De tal manera, es una categoría absolutamente privativa o propia del proceso penal acusatorio y es una de las modalidades esenciales de lo que en teoría probatoria se denomina aseguramiento de la prueba. Al mismo tiempo la prueba anticipada es una modalidad muy peculiar de la actividad probatoria en el proceso penal acusatorio. Sin embargo en el proceso, en el juicio oral, como fase decisoria principal del proceso penal acusatorio, rige con carácter absoluto el principio de inmediación de la prueba y contradicción consagrado en los artículos 16 y 18 del Código orgánico procesal penal, es decir el tribunal de juicio oral sólo puede basar su sentencia en las pruebas que haya sido practicadas en el debate oral y público. En tal sentido en el presente caso, para no romper con el principio de inmediación, el juez o tribunal que la autoriza y presencia deberá ser el tribunal de juicio, en el presente caso, ya que es necesario para guardar el equilibrio procesal en la practica de la prueba anticipada, la cual tendré en el juicio oral el mismo valor que si se hubiera llevado a cabo ante el tribunal del debate. Como podrá observarse, la práctica de la prueba anticipada requiere la citación o convocatoria de todos los que sean parte en el proceso, y esa totalidad incluye al imputado y a su defensor, quienes tienen que

Artículo 288. “1. La audiencia en la que se desahogue la prueba deberá registrarse en su totalidad, preferentemente en audio y video.

2. Concluido el desahogo de la prueba anticipada se entregará el registro correspondiente al ministerio público, y copias del mismo a la defensa y a quien lo solicite, siempre que se encuentre legitimado para ello.

3. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, se desahogara en la audiencia de debate de juicio oral.

4. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control”.

Artículo 289. “1. Cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo.

2. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el ministerio público deberá notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por él, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia.

3. Aun cuando el imputado o el defensor no designen perito o el que designaron no comparezca a la realización de la pericia de muestra consumible e irreproducible, la misma se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo que antecede, la pericial deberá ser desechada como prueba, en caso de ser ofrecida”.

tener la oportunidad de controlar esa prueba. (Derecho a la defensa). En el caso concreto estamos en presencia de un procedimiento abreviado por flagrancia y aunque nuestro legislador pues nos da a entender que solo puede ser realizado por el juez de control, lo cierto es que en el presente caso la prueba anticipada tiene lugar en la fase de juicio oral y deberá ser contemplada por el juez que presidirá el juicio oral, como se señaló anteriormente”. REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, PODER JUDICIAL - CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO VARGAS, JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL EN FUNCION CONTROL, Causa N° WP01-S-2004-10485

6.1.4 LA PRUEBA DOCUMENTADA

En sistemas procesales no acusatorios, el bagaje de información que debía apreciar el juzgador a la hora de dictar sentencia descansaba en un determinado alcance del principio de contradicción del debate oral. Desde esta perspectiva, se daba la posibilidad de lectura de las piezas procesales y documentos, entendiendo en el primer concepto los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción o sumario.

En cambio, en el sistema acusatorio, no puede aceptarse un concepto tan amplio de la información de hecho que puede apreciar y valorar el Tribunal enjuiciador, y por tanto que extienda su conocimiento a las actuaciones de la instrucción bajo el único límite de su lectura en el acto oral o de la expresa autorización o no oposición de las partes, pues no sería compatible con los principios estructurales del proceso penal –inmediación contradicción e igualdad de armas–, que integran la garantía genérica del debido proceso en la actuación probatoria.

Sin embargo, en el reformado sistema de justicia penal mexicano, a pesar que se ha configurado el juicio oral como la etapa central del proceso penal, se ha dado una extensión muy marcada y en extremo flexible a la proposición y ejecución de pruebas en el acto oral.

En efecto, si se toma en cuenta las legislaciones procesales de las entidades federativas mexicanas, tales como: Chihuahua (2006), Oaxaca (2006), Baja California (2007), Zacatecas (2007), Morelos (2008), Estado de México (2009) y Durango (2009), se podrá observar que las citadas normas legales establecen, taxativamente, la incorporación, al debate oral, de registros de diligencias anteriores al juicio oral, los cuales, denominaremos *prueba documentada*. Sin embargo, para ser justos con el sistema mexicano, se debe señalar que fuera de esta lista, las partes no podrán solicitar la valoración (probatoria) de determinadas actuaciones realizadas con anterioridad a la etapa del juzgamiento.

Ahora bien la justificación del por qué se puede incorporar al debate oral diligencias anteriores al juicio, no gira en una excepción al principio de publicidad de la prueba (dado que, va haber contradictorio de tales registros), sino una excepción al principio

de su actuación por el mismo testigo o experto que explica su declaración o su informe; pero de ninguna manera permite que se tome en consideración una prueba que no ha sido sometida al debate contradictorio de la acusación y de la defensa, aunque se halle en la instrucción o investigación.

Otra justificación es que el proceso penal está sujeto al principio de búsqueda de la verdad material, que exige que se asegure que no se pierdan datos o elementos de convicción. No admitir que éstos se valoren, en tanto se hayan actuado con las garantías que le son inherentes, haría depender el ejercicio del *ius puniendi* estatal del azar o de situaciones dolosas contra los órganos de prueba que le impidan su concurso en el acto oral.

En ese orden de ideas, el principio en cuya virtud únicamente tienen la consideración de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral, y que responde a la necesidad de que el tribunal sentenciador aprecia personalmente la prueba para formar sobre ella su convicción, anota Ascencio Mellado, no puede ser entendido como una regla inflexible que obliga a que toda ella se ejecute en el juicio oral. Una disposición así es imposible de aplicarse, pues son muchos los casos en los que ciertos actos de investigación practicados con anterioridad devienen irrepetibles o lo son, incluso, en su propio origen, por lo que solo cabe su reproducción en la vista.⁴⁵⁷

Asimismo, según Cafferata Nores, se permite lo que se denomina “*excepciones a la oralidad*”, de cuya necesidad y tolerabilidad no se tiene dudas, entre las que no sólo se encuentran los supuestos de “*contradicción anticipada*” ante riesgos de no poder ser reproducida o de peligros de que la actuación procesal sea enturbiada, sino también, aun cuando no se produzca una “*contradicción anticipada*”, en los supuestos de emergencia no previsibles (por ejemplo, testigo fallecido), siempre que se cumplan las formalidades de la instrucción.⁴⁵⁸

En esa inteligencia, la prueba documentada es el conjunto de medios probatorios en la que se analizan las actas o registros de lo desahogado en la audiencia de prueba anticipada, o bien de aquellas declaraciones previas de testigos, peritos o coimputados que, por causas de fuerza mayor o la interferencia del acusado, no puedan concurrir a la audiencia del juicio oral.

En principio, cuando son declaraciones de personas, la regla es que las mismas asistan a la audiencia del juicio oral, para que lo que expresen en la citada audiencia tengan valor probatorio: *las denominadas pruebas personales*.

457 ASENCIO MELLADO, José María. “DERECHO PROCESAL PENAL”, 4ta. Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 252.

458 Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sala III, del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete. Al respecto, consúltese los comentarios de: CAFFERATA NORES, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 153-155.

Sin embargo, si por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del declarante, éste no puede concurrir a la audiencia del juicio oral, entonces la ley, en aras de solucionar el conflicto de intereses surgido por la comisión del delito, así como, en la búsqueda de la verdad histórica, justifica la lectura de sus declaraciones previas, así como los registros de prueba anticipada existentes, dotándoles de valor probatorio.

Ahora bien, a esta clase de prueba no se le aplica el régimen de la *prueba documental*, dado que, con relación a los documentos, cualquiera de los mismos puede ser incorporado al proceso penal por el sólo hecho de contener una determinada información: sistema abierto o *numerus apertus*.

Ello no es de aplicación en la prueba documentada, debido que, su mérito probatorio no descansa por contener cualquier información, sino el de ser declaraciones de aquellos testigos, peritos o coimputados, brindadas en etapas anteriores al proceso o en otros procedimientos, pero que, en vez de que concurren personalmente a la audiencia del juicio oral, la propia ley le da mérito probatorio por el sólo hecho de su lectura. Pero es taxativa (sistema cerrado o *numerus clausus*), es decir, la propia ley limita el número de casos para que se proceda según lo descrito en las líneas anteriores; incluso establece determinados requisitos que no son de aplicación en la denominada prueba documental.

Por tanto, la prueba documentada se ubica entre el desahogo de la prueba personal y la documental, pero ceñida a aquellos pocos casos que la ley autoriza la lectura de declaraciones previas o registros de prueba anticipada, otorgándoles valor probatorio.

Por otro lado, podemos señalar que, en el Derecho comparado, la tendencia mayoritaria es el de admitir la figura de la prueba documentada, ya sea por la necesidad de contar con la información obtenida con anterioridad al debate oral, en supuestos que el órgano de prueba no puede concurrir a la audiencia de juicio; o bien, como una excepción al principio de oralidad que irradia el juzgamiento penal –conforme lo veremos a lo largo de este punto.

Así, tenemos, en primer lugar, al Código Procesal Penal de Chile, el cual señala, en su artículo 331°, que la reproducción o lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en la audiencia del juicio oral, se da en los siguientes casos:

- (a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280 del texto adjetivo chileno;
- (b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- (c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado; y

- (d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

Igualmente, el artículo 332° del citado texto adjetivo menciona que una vez: “Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes. Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.”

Aunque cabe señalar que, desde nuestro punto de vista, lo señalado en el artículo 332° del Código Procesal Penal chileno no es un caso de prueba documentada, dado que, el órgano de prueba ha asistido a la audiencia y brindado información. Por el contrario, opinamos que se está regulando un instrumento o herramienta de ayuda para el interrogador o contra-interrogador, según fuese el caso; ante la necesidad que el interrogado refresque la memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitarle una determinada aclaración.

Por otro lado, el artículo 334° del texto adjetivo chileno, precisa que: “Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.”

En ese orden de ideas, y siguiendo la tendencia de aquellos otros países de la región, la prueba documentada se rige, por un lado, por el principio de taxatividad –la ley debe autorizar y señalar los casos de admisión, desahogo y valoración de la prueba documentada– y por otro lado, el régimen del *numerus clausus*, dado que, solamente el juzgador podrá autorizar la reproducción o lectura de registros que consten diligencias anteriores al juicio oral dentro del escenario limitado –y excepcional– señalado por la ley.

Por otro lado, el artículo 383° del Código Procesal Penal peruano del 2004, ha señalado supuestos de prueba documentada, aunque con un número de casos mayor que en la legislación chilena.

Así tenemos los siguientes casos:

“(…)

1. Las actas conteniendo la prueba anticipada, así como, las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código

- o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.
2. Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.
 3. Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
 4. La prueba documental
 5. Las actas de las pruebas que se ordene practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias.”

Al respecto, en la legislación peruana se observa que no se ha hecho mención al supuesto, si previsto en las normatividades de Chile y Estado de México, que las partes, previo acuerdo, determinen aquellos registros de diligencias anteriores al debate oral que podrán ser reproducidas o leídas en el mismo. En cambio, el texto adjetivo peruano, en los supuestos 4) y 5), ha incurrido, al menos su legislador, en una severa confusión entre la prueba documentada con la documental y las actas de actuaciones de prueba realizadas fuera de la sala de audiencias

En ese sentido, del tenor del artículo 383º, numeral 4) del Código Procesal Penal peruano, se aprecia que no estamos ante un caso de prueba documentada; es decir, no se aprecia un caso donde se justifique el dotar de valor probatorio a una determinada declaración previa, así como, las razones que justifique el no conducir a una determinada persona a la audiencia del juicio oral para que declare. En efecto, el propio tenor expresa *prueba documental*; es decir documentos que contienen una determinada información y que serán analizados en el juicio oral. Y el desahogar documentos en la audiencia del juicio oral implica observar otra clase de reglas que la normatividad ha establecido bajo el epígrafe de *documentos*.

Igualmente, si uno observa lo regulado en el artículo 383º, numeral 5) del texto adjetivo peruano, podrá colegir que tampoco se está ante una prueba documentada. En efecto, y como se indicó en los puntos anteriores al criticar la legislación de Oaxaca (México), como nos rige el principio de libertad probatoria, las partes o el juzgador –de oficio– pueden desahogar medios probatorios diferentes a las personales, documentales o materiales; como por ejemplo, la reconstrucción de los hechos o la inspección judicial. Obviamente, si se desahogan estas pruebas, serán fuera de la sede de la audiencia del juicio oral, debiéndose levantar el respectivo registro o acta. Sin embargo, esa acta no es una clase de prueba diferente a la que ha registrado; es una sola: es el acta de la prueba de reconstrucción de los hechos o el acta de la prueba de inspección judicial; no podemos separar el uno del otro.

Por otro lado, y continuando con la tendencia de admitir las pruebas documentadas a la audiencias del juicio oral, tenemos aquellas legislaciones que ven la admisión

de las mismas como una excepción al principio de oralidad que rige el debate o juzgamiento.

Así, el artículo 333° del Código Procesal de Bolivia señala lo siguiente:

“El juicio será oral y sólo podrán incorporarse por su lectura:

1. Las pruebas que se hayan recibido conforme a las reglas del *anticipo de prueba*, sin perjuicio de que las partes o el *tribunal* exijan la *comparecencia* personal del *testigo* o *perito*, cuando sea posible;
2. Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por ley, sin perjuicio de que las partes o el *tribunal* exijan la *comparecencia* del *testigo* o *perito* cuando sea posible;
3. La *denuncia*, la *prueba documental*, los informes y las actas de reconocimiento, registro o inspección practicadas conforme a lo previsto en este Código.

Todo otro elemento de prueba que se incorpore al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor.

Las resoluciones del *tribunal* durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en acta.”

Siguiendo esta línea encontramos el artículo 334° del Código Procesal Penal de Costa Rica, el cual precisa lo siguiente:

“Solo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

- (a) Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate.
- (b) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa, realizadas conforme a lo previsto por este Código.
- (c) Las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.
- (d) Las actas de las pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias.

Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore al juicio por lectura, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten, expresamente, su consentimiento.”

Asimismo, los artículos 363° y 364° del Código Procesal Penal de Guatemala, siguiendo el fundamento que la prueba documentado es una excepción al principio

de oralidad, pero complementado con la potestad oficiosa del tribunal de ordenar su admisión y desahogo, señala lo siguiente:

“Artículo 363. Sólo podrán ser incorporados por su lectura las actas e informes cuando:

1. Se trate de la incorporación de una acta sobre la declaración de un testigo o cuando fuere imposible o manifiestamente inútil la declaración en el debate.
2. Las partes presenten su conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan al no comparecer el testigo cuya citación se ordenó.
3. Las declaraciones que se hayan rendido por exhorto o informe, y cuando el acto se haya producido por escrito según la autorización legal.

Artículo 364. El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la lectura:

1. De los dictámenes periciales, siempre que se hayan cumplido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de instrucción suplementaria, salvo la facultad de las partes o del tribunal para exigir la declaración del perito en el debate.
2. De las declaraciones de los testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país; se ignore su residencia o que por obstáculo insuperable no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles.
3. La denuncia, la prueba documental o de informes, los careos y las actas de inspección, registro domiciliario, requisas personales, y reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate.
4. Las declaraciones de imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate.”

Ahora bien, ¿por qué, en las citadas legislaciones, la prueba documentada constituye una excepción a la oralidad?

En primer lugar, se debe mencionar que la oralidad se encuentra recogida en varios instrumentos internacionales,⁴⁵⁹ y se le considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador al ser expresados verbalmente (y consignados en las actas de la audiencia⁴⁶⁰) permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de

459 Artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

460 Sin embargo, en el procedimiento escrito –al contrario de lo que ocurre en la audiencia de debate en el juicio oral–, dada la estructura del órgano jurisdiccional (que permite el

sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiera.

Así, técnicamente la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral), siendo sus ventajas una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible intermediación entre emisor y receptor, con la consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones.⁴⁶¹ Su importancia, por tanto, radica tanto en el aspecto escénico y en el contenido del contradictorio;⁴⁶² por lo que, el abogado litigante requiere sacar el máximo provecho del lenguaje oral, el cual, acompañado del gestual, permitirá una mejor comprensión tanto de la veracidad de su planteamiento, así como, de las falencias del caso, que pueda encontrar y resaltar, de su contraparte.

Por otro lado, se alude a la oralidad en sentido amplio y en sentido estricto (también llamada oralidad-inmediación). La primera noción equivale a aquel sentido amplio y sencillo, de pensar en la oralidad apenas en relación a la forma de la práctica del acto procesal. Así, todo proceso en el que prevalezca, como instrumento de realización de los actos, la forma oral debe ser caracterizado como un proceso oral.

Sin embargo, y como indica Sergio Cruz Arenhart, mucho más interesante es el segundo sentido atribuido a ese principio.⁴⁶³ En efecto, pensar en la oralidad-inmediación es pensar en un complejo de sub-principios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en proceso oral se pretende el contacto directo del Juez con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y apuración más precisa de los hechos de la causa. Por ello, examinar la oralidad bajo el prisma también de la intermediación, es reconocer que el proceso, al mismo tiempo que se desarrolla predominantemente por la vía oral, debe observar los principios de la convicción racional del Juez, de la inmediatez, de la publicidad, de la concentración y del incremento de los poderes de disciplina del Juez, además de tantos otros que son consecuencia de los mismos.

reemplazo de los jueces sin renovación de los actos ya realizados), es menester que las audiencias sean documentadas en actas en las que se vuelque la totalidad de las manifestaciones de los intervinientes, de modo más completo posible, lo que también se impone para los actos de la instrucción (que es escrita) en el sistema con juicio oral. Al respecto, consúltese. Creus, Carlos, *"Derecho Procesal Penal"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 129.

461 Torres, Sergio/Barrita, Cristian, *Principios Generales del Juicio Oral Penal*, Flores editor, México, 2006, p. 27.

462 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Enrique, "JUICIO ORAL". En: *Revista Mexicana de Justicia*, Enero-Junio, México, 2005, p. 98.

463 CRUZ ARENHART, Sergio, "LA ORALIDAD EN LA JUSTICIA. EL CASO BRASILEÑO". En: *Revista lus et Praxis*, Año 14, N° 02, Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 128.

De hecho es evidente que el principal interés en tornar un proceso predominantemente oral es permitir no solamente la simplicidad en la forma del acto procesal, sino, sobre todo, el perfeccionamiento de la instrucción de la causa. La oralidad, vista desde este prisma, democratiza el proceso, ya que impone a quien juzga el contacto directo con las partes y el diálogo entre los mismos. Además, agiliza la solución del litigio, en la medida en que estimula la concentración de los actos procesales.

Ahora bien, si nos centramos en el escenario de la oralidad-inmediación, se tiene claro que la prueba documentada no permite que el órgano jurisdiccional reciba de primera mano la información del órgano de prueba. En efecto, a pesar que las legislaciones que admiten este tipo de prueba exige que se reproduzcan o se de lectura a los registros que contienen diligencias anteriores al juzgamiento, de todas maneras conlleva que el juzgador formule sus conclusiones en función a la imagen que proyecte el video o bien de lo que escuche del audio o de la simple lectura del registro, y como se sabe, estas modalidades no reemplazan la fidelidad que uno puede adquirir cuando está recibiendo la información, en tiempo real y con presencia física de la fuente u órgano, en este caso, de prueba.

Por tal razón, países como Bolivia, Costa Rica y Guatemala, entiende que la admisión de la prueba documentada flexibiliza, en concreto, la oralidad que irradia al juicio oral y garantiza la calidad de información que hicimos referencia en los apartados anteriores.

En suma, el lector podrá apreciar que el tratamiento en el Derecho comparado, al menos lo referente a Latinoamérica, gira en la flexibilización de los principios que rigen la actuación de la prueba en la audiencia del juicio oral, en el marco del sistema procesal acusatorio. Flexibilización que encuentra, entre otras razones, la no pérdida de la información brindada con anterioridad al juicio oral, pero que, por imposibilidad de asistencia del órgano de prueba a la audiencia de debate o por el pacto u acuerdo celebrado por las partes, se admite la incorporación de la referida información, mediante la reproducción o lectura de los registros respectivos. Otro fundamento, es que el principio de oralidad presenta excepciones –una vez más, sustentada en razones de conocimiento y descubrimiento de la verdad– como son los supuestos de prueba documentada. Ello, además es un rasgo propio del sistema acusatorio latinoamericano, no presente en otros sistemas jurídicos, pero que obedece a las razones antes señaladas y desarrolladas a lo largo del presente estudio.

6.2 LAS EVIDENCIAS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO

Ante la distinción establecida en el apartado anterior del presente capítulo, emplearemos el término: “evidencia”.

Entendemos por evidencia al conjunto de datos o información que luego de ser cotejado con nuestra teoría del caso nos permitirá establecer si poseemos o no la actitud de probar nuestros presupuestos fácticos.

EJEMPLO

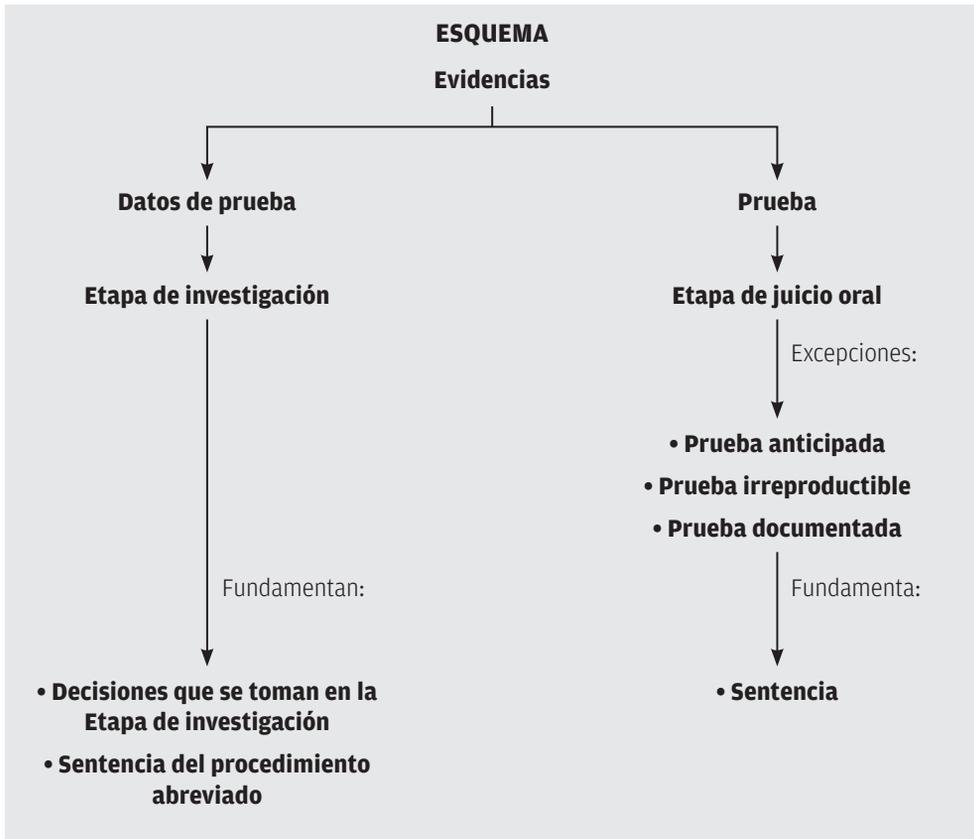
Se puede afirmar que el Ministerio Público encontró un cuchillo en el lugar de los hechos, pero que no tienen las huellas del imputado. En ese sentido, la evidencia es el cuchillo, pero con éste no podrá probar que lo utilizó el procesado.

En general, la evidencia es un elemento o mecanismo que pretende probar o refutar la existencia de un hecho alegado; así, un testimonio, un documento, un objeto tangible, en cuanto tengan tal cometido, son evidencia. La prueba, en cambio, es el establecimiento o refutación, a través de una evidencia, de un hecho alegado.

Por tanto, 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.

Ahora bien, si la evidencia encontrada será utilizada para fundar decisiones durante la etapa de investigación, entonces estaremos ante datos de prueba. En cambio, si el medio que incorporó a la evidencia será actuado o desahogado en la audiencia del juicio oral, estaremos ante una prueba –salvo las ya comentadas excepciones de la prueba anticipada, irreproducible y documentada, así como, el material que sustenta aquella sentencia que se dicte en el marco del procedimiento abreviado–. Igualmente, de las resultas de aquella actividad probatoria se podrá colegir si el enunciado fáctico está o no probado.

En esa inteligencia, vamos a emplear el término “evidencia”, utilizando las voces “datos de prueba” y “prueba” cuando nos refiramos al material probatorio en una etapa procesal concreta: investigación o juicio oral, respectivamente.



En esa inteligencia, como el caso debe ser construido desde el primer momento en que se ha tomado conocimiento de los hechos, es obvio que la hipótesis inicial de trabajo que se formule no podrá estar desligada con las evidencias obtenidas y de aquellas que se necesitan obtener –ya sea para que en el momento procesal oportuno sean empleadas como datos de prueba o prueba.

En efecto, toda hipótesis que construyamos debe de presentar una estructura susceptible de ser contrastada y comprobada. Su verificabilidad es condición necesaria para seguir manteniendo nuestra hipótesis de trabajo o bien corregirla o sustituirla, con la finalidad de no comprometer el éxito de nuestro caso.

RECUERDA

La construcción del caso y la identificación de las evidencias que tenemos o necesitamos conseguir presentan una relación casi indisoluble, que evitará que el abogado trabaje en la “oscuridad”, en las aguas negras del proceso penal.

En ese orden de ideas, el trabajo a realizar en el campo de las evidencias es el siguiente: para cada enunciado fáctico que hemos elaborado con oportunidad lo relacionaremos con más de una evidencia –en la medida de lo posible– ya sea que la misma ya la tengamos o que necesitamos obtener.

En efecto, la importancia de las evidencias gira en torno a poder verificar la veracidad de cada enunciado fáctico y, de esta forma, aplicar las consecuencias jurídicas de aquellas categorías normativas de la teoría del delito que hemos identificado.

Asimismo, la importancia de que cada enunciado fáctico descansa en más de una evidencia, se debe a que, si se tiene la mala fortuna de contar con una sola evidencia, y para colmo de males no la encontramos o habiéndola hallada nos da una información ni pertinente ni idónea para nuestra estrategia, originará que toda nuestra teoría del caso se vea seriamente comprometida. En cambio, si contamos con más de una evidencia y desafortunadamente una de ellas no la podemos conseguir o no da información relevante al caso, nuestra hipótesis de trabajo aún subsistiría en la medida que nos queda más evidencias que la respalden.

Por tanto, la recomendación dada en los párrafos anteriores aún queda en pie, salvando las dificultades que cada caso presenta.

6.3 LAS EVIDENCIAS EN EL CASO DE LOS LADRONES DE TRIGO

Como es costumbre, al final de los capítulos anteriores, como del presente, aplicaremos lo comentado en el caso de los ladrones de trigo.

En esa inteligencia, y tomando en cuenta nuestra tabla de construcción del caso ubicado en el apartado 3.3 del presente libro, las evidencias en el caso anteriormente citado son:

IV EVIDENCIAS

1. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte “La Flecha Veloz”.**
- 4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.**
- 5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.**
- 6. Fotografías del tracto-camión.**
- 7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.**

IV EVIDENCIAS

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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte “La Flecha Veloz”.**
- 4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.**
- 5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.**
- 6. Fotografías del tracto-camión.**
- 7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.**
- 8. Dictamen de valuación e identificación vehicular, donde el valor intrínseco del tracto-camión es de OCHENTA MIL DÓLARES AMERICANOS.**
- 9. Dictamen de valuación de la mercancía, ascendente a DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS.**

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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Grabación de la cámara de seguridad de la empresa harinera.**

4. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Factura de la mercancía.**

5. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**

6. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**

IV EVIDENCIAS

7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.**

**IV
EVIDENCIAS**

11. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión conducido por CÉSAR TORRES TORRES.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.**

12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.**

13. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.**

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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.**

15. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.**

IV EVIDENCIAS

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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
- 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.**

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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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 estatal.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

- 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.**

**IV
EVIDENCIAS**

20. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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, fugándose del lugar de los hechos.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.**

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.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
 - 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.**
 - 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.**
-

IV EVIDENCIAS

23. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.**

24. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.

EVIDENCIAS:

- 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.**

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.

EVIDENCIAS:

- 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.**

**IV
EVIDENCIAS**

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 de la Procuraduría General de Justicia.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES**
- 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.**

28. Ante la autoridad ministerial, JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, manifestaron ser mayores de edad, que en ese momento estaban en pleno usos de sus facultades mentales y que no había presencia de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que haya alterado gravemente sus conciencias.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 2. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 3. Entrevista de TERESA MORI MORI**
- 4. Credencial de elector de JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI.**
- 5. Informe de antecedentes penales de JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.**
- 6. Informe de antecedentes penales de LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.**
- 7. Informe de antecedentes penales de TERESA MORI MORI, con resultado negativo.**
- 8. Pericia de alcoholemia y toxicológico en JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.**
- 9. Pericia de alcoholemia y toxicológico en LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.**
- 10. Pericia de alcoholemia y toxicológico en TERESA MORI MORI, con resultado negativo.**
- 11. Informe de la Policía Ministerial de la situación socio-económica de los imputados: domicilio, edad, estado civil, instrucción y ocupación.**

29. La autoridad ministerial pone a disposición del órgano jurisdiccional a los detenidos, el día 03 de abril del 2010 a las 09:00 a.m.

EVIDENCIAS:

- 1. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ**
- 2. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ**
- 3. Entrevista de TERESA MORI MORI**
- 4. Oficios.**

Esta forma de proceder brindará las siguientes ventajas:

1. Se contará con un plan de trabajo u hoja de ruta, tanto para identificar las evidencias pertinentes, idóneas y suficientes para el caso, así como, para proceder a su inmediata localización y obtención.

2. Facilita la división del trabajo en equipo, dado que, se posibilita la delegación de funciones o tareas en la localización de las evidencias.
3. Coadyuva a establecer el contenido de las evidencias. En efecto, si tomamos como ejemplo las entrevistas, el cuadro anteriormente elaborado nos dice que por lo menos debemos de realizar 29 preguntas, cada una de ellas relacionadas con cada enunciado fáctico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCAIDE GONZALEZ, José Manuel. *Guía práctica de la prueba penal. Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad*, Editorial DIJUSA, Madrid, 2009.
- ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el nuevo proceso penal*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2006.
- ARRIAGA GONZÁLEZ, Mónica Guadalupe. *La prueba pericial en documentos cuestionados (documentoscopia, grafoscopia, grafometría, dactiloscopia y grafología*, Flores Editor, México, 2009.
- ASENCIO MELLADO, José María. "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000". En: *Prueba ilícita y lucha contra la corrupción*, (José María Asencio Mellado, Director; José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, Coordinador), Editorial Grijley, Lima, 2008.
- BASSAT TORRES, Nelson. *La duda razonable en la prueba penal. Con especial referencia a Puerto Rico*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Comentarios al nuevo Código de procedimientos penales del Estado de México*, Tomo I, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor, México, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 01, Universidad de Talca, Talca, 2010.
- BOFILL, Jorge. "Preparación del juicio oral". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986. *El mismo*. "Proceso penal y verdad histórica". En: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Derecho procesal penal. el procedimiento en los Códigos de la nación y provincia de Buenos Aires*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- CANTU CERNA, Napoleón. *Técnicas del juicio oral en el sistema penal de Nuevo León*, Comité de Reforma del Sistema de Justicia de Nueva León, Monterrey, 2004.
- CARBONE, Carlos Alberto. *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medio de prueba*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.
- CARBONE, Carlos Alberto. *La prueba penal ante la coerción del imputado*, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2007.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *Sistema acusatorio y prueba ilícita*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- CASTILLO URBANO, Eduardo/TORRES, Ángel Miguel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, Jurista editores, Lima, 2009.
- CLIMENT DURAN, Carlos. *La prueba penal*, Tomos I y II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús. *Aspectos sobre la prueba en el sistema acusatorio*, Editorial UBIJUS, México, 2010.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo. *Prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia*, Editorial UBIJUS, México, 2010.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos*, Editorial Qubecor World, Bogotá, 2003.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2002.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*, Tomos I y II, Editorial Porrúa, México, 2000.
- DUCE, Mauricio. "La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal". En: *Revista de Ciencias Penales Iter Críminis*, Nº 05, México, 2006.
- ESTRAMPES MIRANDA, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- FRONDIZI, Román y DAUDET, María. *Garantía y eficiencia en la prueba penal*, Editorial Platense, Buenos Aires, 2000.
- GRANADOS, Jaime. "La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia". En: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Nº 11, Abril-Junio, Bogotá, 2005.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente. "La anticipación y aseguramiento de la prueba penal". En: *Prueba y proceso penal*, (Gómez Colomer, Juan Luís, coordinador), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HAIREBEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas*, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 2002.

- HALL, Carlos. *La prueba penal*, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2004.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno". En: *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002.
- KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- LÓPEZ BARJA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal SA, Madrid, 1998.
- LOPEZ CALVO, Pedro / GOMEZ SILVA, Pedro. *Investigación criminal y criminalística*, Editorial Temis, Bogotá, 2000.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. *Prueba indiciaria presuncional o circunstancial*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- MARTÍNEZ VELAYOS, María Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal*, Universidad de Alicante, Valencia, 1998.
- MENESES PACHECHO, Claudio. "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil". En: Revista: *Ius et praxis*, Año 14, N° 2, Universidad de Talca, Talca, 2008.
- MITTERMAIER, Karl. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SANSO, Miguel Antonio y SANSO, Paula. *Tratado práctico de la prueba*, Tomos I y II, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2008.
- SOL RODRÍGUEZ, Luís. *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- TORRES MORATO, Miguel Ángel / DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La prueba ilícita penal*, Cuarta Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VILLASOL, Agustín y VILLASOL, Daniela. *Prueba penal y culpa en accidentes de tránsito*, Editorial Platense, Buenos Aires, 1995.
- WRÖBLEWSKI, Jerzy. "La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación". En: *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- YESCHKE, Charles. *Técnicas de la entrevista y el interrogatorio*, Editorial Limusa, México, 2006.
- ZAPATA, María Francisca. *La prueba ilícita*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.

CAPÍTULO VII

TIPOLOGÍA DE CONSTRUCCIÓN DEL CASO

7.1 TIPOS DE CONSTRUCCIONES DEL CASO

Antes de dar por concluido el tema de la construcción del caso, es menester precisar que lo que acabamos de desarrollar en los últimos cuatro capítulos se refiere a un tipo de construcción, denominado: *confirmativo*, dado que, al conocer los hechos y formular los respectivos enunciados fácticos, lo que vamos a realizar es la confirmación de los mismos, tanto en el sentido de su conexión con categorías normativas de la teoría del delito, así como, con la gama de evidencias.

Sin embargo, debemos de reconocer que no siempre tomamos conocimiento de una noticia criminal a través de un conjunto de supuestos fácticos; por el contrario, es tan poco claro los acontecimientos que se requiere de otras estrategias para la construcción del caso, que la anteriormente comentada, las cuales descansan en la necesidad de explorar diversos tipos de terrenos para reunir evidencias y de esta forma ir elaborado aquellos enunciados fácticos que, en un principio, nos eran desconocidos.

O bien, el contar con una estrategia procesal en otros temas conexos con el hecho principal, por ejemplo, a la hora de abordar la temática de las medidas cautelares.

En esa inteligencia, podemos señalar los siguientes tipos de construcciones del caso:

- (a) Construcción confirmativa.
- (b) Construcción explorativa.
- (c) Construcción para medida cautelar.

Así, en el presente capítulo vamos a comentar cada una de estas figuras.

7.2 CONSTRUCCIÓN CONFIRMATIVA DEL CASO

La ventaja de recibir, como autoridad policial o ministerial, una denuncia, es el poder conocer una cadena de acontecimientos fácticos que contiene la denominada noticia criminal, que facilite, en algo, las pesquisas de las agencias de investigación.

En efecto, la denuncia 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.

Esta ventaja también la encontramos cuando la autoridad policial pone a disposición del Ministerio Público a una persona detenida en situación de flagrante delito. En efecto, la puesta a disposición implica la indicación de 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.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público contará con una base fáctica que determinará una estrategia de confirmación de la misma; a ello, nos referimos con una construcción 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 percata que hay suficiente evidencia para confirmar los enunciados fácticos, entonces construirá su estrategia en torno, no a la búsqueda de una difícil, por no decir imposible, absolución, 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 suficientes para verificarlos, entonces su caso estará basado, si en la inocencia de sus patrocinados.

RECUERDA

La construcción del caso es confirmativa cuando de antemano tenemos conocimiento 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 la tabla elaborada en el apartado 3.3 del presente en estudio, conjuntamente con los cuadros que aparecen en los puntos: 3.5, 4.5, 5.2 y 6.3, también de la presente investigación, entonces, podemos formar el siguiente súper cuadro:

TABLA PARA LA CONSTRUCCIÓN CONFIRMATIVA DEL CASO

I. ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS

1. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México
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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
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.
4. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
5. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura,
6. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.
7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
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.

9. Las personas que iban en el vehículo Ford le hace señales a CÉSAR TORRES TORRES a fin que se detenga.
10. CÉSAR TORRES TORRES no se detiene.
11. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
13. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
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.
15. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
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.
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
18. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
19. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
20. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
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, fugándose del lugar de los hechos.
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.
23. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.
24. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.
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.
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 de la Procuraduría General de Justicia.
27. Los detenidos son puestos a disposición del agente del Ministerio Público a las 05:30 a.m. del mismo día en que ocurrieron los hechos.

28. Ante la autoridad ministerial, JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, manifestaron ser mayores de edad, que en ese momento estaban en pleno usos de sus facultades mentales y que no había presencia de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que haya alterado gravemente sus conciencias.
29. La autoridad ministerial pone a disposición del órgano jurisdiccional a los detenidos, el día 03 de abril del 2010 a las 09:00 a.m.

II. SELECCIONANDO LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

LISTA N^o 01. ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS EXCLUYENTES:

1. Conducta:

1.1 Elementos:

1.1.1 Voluntad

1.1.2 Exteriorización

1.2 Excluyentes:

1.2.1 Fuerza física irresistible

1.2.2 Movimientos reflejos

1.2.3 Estados de inconsciencia

2. Tipicidad:

2.1 Elementos:

2.1.1 Tipo objetivo

2.1.1.1 Sujeto activo

2.1.1.2 Sujeto pasivo

2.1.1.3 Bien jurídico protegido

2.1.1.4 Conducta típica

2.1.1.5 Medio empleado

2.1.1.6 Resultado

2.1.1.7 Relación de causalidad

2.1.1.8 Imputación objetiva

2.1.2 Tipo subjetivo:

2.1.2.1 Tipo doloso dolo y elementos subjetivos distintos al dolo

2.1.2.2 Tipo culposo

2.2 Excluyentes:

2.2.1 Acuerdo

2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo

2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invencible

3. Antijuridicidad

- 3.1 Elementos:
 - 3.1.1 Contrariedad con el Derecho
 - 3.1.2 Daño social
- 3.2 Excluyentes:
 - 3.2.1 Legítima defensa
 - 3.2.2 Estado de necesidad justificante
 - 3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho
 - 3.2.4 Cumplimiento de un deber
- 4. Culpabilidad:
 - 4.1 Elementos
 - 4.1.1 Imputabilidad
 - 4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar
 - 4.1.3 Exigibilidad
 - 4.2 Excluyentes:
 - 4.2.1 Inimputabilidad:
 - 4.2.1 Anomalía psíquica
 - 4.2.2 Grave alteración de la conciencia
 - 4.2.3 Minoría de edad
 - 4.2.2 Error de prohibición (invencible)
 - 4.2.3 Inexigibilidad:
 - 4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante
 - 4.2.3.2 Miedo insuperable
- 5. Tentativa / consumación
- 6. Autoría / participación

Lista Nª 02. AGRAVANTES:

- 1. Agravantes genéricos: (...)
- 2. Agravantes específicos: (...)

Lista Nª 03. ATENUANTES:

- 1. Atenuantes genéricos: (...)
- 2. Atenuantes específicos: (...)

Lista Nª 04. CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENA

III. SUBSUMIR LOS HECHOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA

1. Conducta:

1.1 Elementos:

1.1.1 Voluntad

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, decidieron esperar, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, inmatriculado en el Distrito Federal-México, conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
- 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.

1.1.2 Exteriorización

- a. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.
- 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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
- 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.
- d. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
- e. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura.
- f. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.
- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- h. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- i. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- j. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.

- l. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.
- ñ. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
- o. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- p. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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, fugándose del lugar de los hechos.

1.2 Excluyentes:

1.2.1 Fuerza física irresistible

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

1.2.2 Movimientos reflejos

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

1.2.3 Estados de inconsciencia

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2. Tipicidad:

2.1 Elementos:

2.1.1 Tipo objetivo

2.1.1.1 Sujeto activo. Juan Pérez Pérez, Luis Gálvez Gálvez y Teresa Mori Mori.

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, esperaron en la Av. Isidro Fabella s/n colonia Los Jardines, Toluca-Estado de México, en un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, el tracto-camión marca volvo, modelo 2006, placa: XG328, inmatriculado en el Distrito Federal-México, conducido por CÉSAR TORRES TORRES.
- b. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- 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.
- d. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.

- 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.
- 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.

2.1.1.2 Sujeto pasivo: Empresa de transportes “La flecha veloz”

- a. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.
- 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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.
- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- d. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- e. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

2.1.1.3 Bien jurídico protegido: Patrimonio

- 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.
- 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.

- 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.
- d. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.
- e. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- 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.

2.1.1.4 Conducta típica: Robo

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

2.1.1.5 Medio empleado: Intimidación

- a. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- b. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.

2.1.1.6 Resultado: Apoderamiento (tentativa) de bien ajeno

- a. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.

- b. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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.

2.1.1.7 Relación de causalidad

- a. Existe una relación lógica o naturalística de causa-efecto.

2.1.1.8 Imputación objetiva

- 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.

2.1.2 Tipo subjetivo:

2.1.2.1 Tipo doloso. dolo y elementos subjetivos distintos al dolo

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

2.1.2.2 Tipo culposo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2 Excluyentes:

2.2.1 Acuerdo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2.2 Ausencia de algún elemento del tipo objetivo

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

2.2.3 Ausencia de algún elemento del tipo subjetivo: error de tipo invencible

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3. Antijuridicidad

3.1 Elementos:

3.1.1 Contrariedad con el Derecho

- 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, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.
- b. El vehículo Ford le cierra el paso al tracto-camión.
- c. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.
- d. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.
- 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.
- f. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

3.1.2 Daño social

- 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.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.

3.2 Excluyentes:

3.2.1 Legítima defensa

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.2 Estado de necesidad justificante

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.3 Ejercicio legítimo de un derecho

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

3.2.4 Cumplimiento de un deber

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4. Culpabilidad:**4.1 Elementos****4.1.1 Imputabilidad**

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, son mayores de edad.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, presentan capacidad de entendimiento y comprensión de las normas.
- 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.

4.1.2 Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, comprenden el carácter ilícito de su comportamiento.

4.1.3 Exigibilidad

- a. JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, no presentan signo alguno de deformación de su voluntad.

4.2 Excluyentes:**4.2.1 Inimputabilidad:**

- 4.2.1.1 Anomalía psíquica
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.
- 4.2.1.2 Grave alteración de la conciencia
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.
- 4.2.1.3 Minoría de edad
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.2 Error de prohibición (invencible)

- a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

4.2.3 Inexigibilidad:

- 4.2.3.1 Estado de necesidad exculpante
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.
- 4.2.3.2 Miedo insuperable
 - a. No existen enunciados fácticos que la reflejen.

5. Tentativa / consumación: Tentativa.

- a. CÉSAR TORRES TORRES, aproximadamente a las 04:05 a.m. observa que está estacionado un convoy de tres patrullas de la policía estatal.

- b. CÉSAR TORRES TORRES activa las torretas del tracto-camión, captando la atención de los mencionados agentes policiales.
- c. Las tres patrullas de la policía estatal se van acercando donde se encuentra estacionado el tracto-camión.
- 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.
- 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.
- f. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.
- g. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.
- 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.

6. Autoría / participación: Coautores

- 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.
- b. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.
- 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.
- 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.
- 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.

Lista Nª 02. AGRAVANTES: Depende de la legislación de cada Estado

- 1. Agravantes genéricos: (...)
- 2. Agravantes específicos: (...)

Lista Nª 03. ATENUANTES: Depende de la legislación de cada Estado

- 1. Atenuantes genéricos: (...)
- 2. Atenuantes específicos: (...)

Lista Nº 04. CAUSALES DE CANCELACIÓN DE LA PENA: Depende de la legislación de cada Estado

IV. EVIDENCIAS

1. Con fecha 02 de abril del 2010, 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, inmatriculado en el Distrito Federal-México.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte “La Flecha Veloz”.
4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.
5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.
6. Fotografías del tracto-camión.
7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.

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 del Estado de Veracruz (México) con destino a la Harinera “Los Ángeles”, ubicado en la Avenida Isidro Fabella, s/n, colonia Jardines, municipio de Toluca, perteneciente al Estado de México.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista al representante legal de la empresa de transporte “La Flecha Veloz”.
4. Inspección del tracto-camión, tanto del remolque como de la carga.
5. Inspección de las tarjetas de circulación, tanto del tracto-camión como el de las jaulas.
6. Fotografías del tracto-camión.
7. Fotografías de las dos jaulas que transportaba el tracto-camión.
8. Dictamen de valuación e identificación vehicular, donde el valor intrínseco del tracto-camión es de OCHENTA MIL DÓLARES AMERICANOS.
9. Dictamen de valuación de la mercancía, ascendente a DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS.

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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Grabación de la cámara de seguridad de la empresa harinera.

4. CÉSAR TORRES TORRES le entrega la respectiva documentación de la mercancía, consistente en una factura, a ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Factura de la mercancía.

5. ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN le señaló a CÉSAR TORRES TORRES que el trigo debe ser pesado para confirmar el tonelaje señalado en la factura,

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.

6. CÉSAR TORRES TORRES y ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN se trasladan a una báscula pública ubicada en la misma Avenida. Isidro Fabella.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.

7. Al llegar a la citada báscula, siendo aproximadamente las 03:55 a.m. observan un vehículo Ford, de placa LRT 1483, del Estado de México, color blanco, estacionado allí.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
 2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
 3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
 4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
 5. Entrevista a TERESA MORI MORI.
12. Del vehículo Ford descienden los dos varones: JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ

4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
5. Entrevista a TERESA MORI MORI.

13. LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ realiza un ademán con su mano izquierda, como pretendiendo sacar un arma de fuego.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
5. Entrevista a TERESA MORI MORI.

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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
5. Entrevista a TERESA MORI MORI.

15. JUAN PÉREZ PÉREZ y LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ se hacen pasar, falsamente, como agentes de la Procuraduría General de la República.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ

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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
3. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
4. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ

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

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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 estatal.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

EVIDENCIAS:

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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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, fugándose del lugar de los hechos.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

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.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, ENRIQUE GUILLÉN GUILLÉN.
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.

23. Los efectivos policiales proceden a perseguir el mencionado vehículo Ford, dándoles alcance a dos kilómetros del lugar de los hechos.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

24. Los efectivos policiales, a las 04:20 a.m. del citado día 02 de abril del 2010, 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.

EVIDENCIAS:

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.

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.

EVIDENCIAS:

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 de la Procuraduría General de Justicia.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista del conductor CÉSAR TORRES TORRES
2. Entrevista del personal de vigilancia de la Harinera “Los Ángeles”, 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.

27. Los detenidos son puestos a disposición del agente del Ministerio Público a las 05:30 a.m. del mismo día en que ocurrieron los hechos.

EVIDENCIAS:

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.
7. Oficios.

28. Ante la autoridad ministerial, JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI MORI, manifestaron ser mayores de edad, que en ese momento estaban en pleno uso de sus facultades mentales y que no había presencia de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que haya alterado gravemente sus conciencias.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
2. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
3. Entrevista de TERESA MORI MORI
4. Credencial de elector de JUAN PÉREZ PÉREZ, LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ y TERESA MORI.
5. Informe de antecedentes penales de JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.
6. Informe de antecedentes penales de LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.
7. Informe de antecedentes penales de TERESA MORI MORI, con resultado negativo.
8. Pericia de alcoholemia y toxicológico en JUAN PÉREZ PÉREZ, con resultado negativo.
9. Pericia de alcoholemia y toxicológico en LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ, con resultado negativo.
10. Pericia de alcoholemia y toxicológico en TERESA MORI MORI, con resultado negativo.
11. Informe de la Policía Ministerial de la situación socio-económica de los imputados: domicilio, edad, estado civil, instrucción y ocupación

29. La autoridad ministerial pone a disposición del órgano jurisdiccional a los detenidos, el día 03 de abril del 2010 a las 09:00 a.m.

EVIDENCIAS:

1. Entrevista a JUAN PÉREZ PÉREZ
2. Entrevista a LUIS GÁLVEZ GÁLVEZ
3. Entrevista de TERESA MORI MORI
4. Oficios

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 nuevos atenuantes, por medio de análisis nomológicos como el empleo de la teoría del dominio del hecho, para establecer la ausencia de una coautoría sino 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.⁴⁶⁴

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

464 Salvo que se maneje un concepto de apoderamiento y tentativa, que permita inferir la no ejecución de actos típicos de robo. Aunque, ello reñiría con las definiciones que, en consenso, ha establecido la comunidad académica y de operadores jurídicos.

ministerial, esto es, la tentativa, la cual, *per se*, conllevaría una disminución en el quantum 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 “apoderamiento” de bien ajeno. Ahora bien, la desventaja es que, al aplicar la tentativa, ello conllevará a una sentencia condenatoria en contra de los imputados, quienes, desde un análisis irracional, podrían no aceptarlo y simplemente buscar a otro abogado quien si les diga lo que ellos quieran 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 a 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 invocado 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 confesión corroborada en el procedimiento abreviado, dado que, la autoridad ministerial, en este último caso, continuará detentando la carga de probar.

7.3 CONSTRUCCIÓN EXPLORATIVA DEL CASO

El 25 de Julio del 2010 los medios de comunicación social mexicanos informaban que la Policía encontró 51 cadáveres en una fosa común ubicada a unos veinte kilómetros al este de la ciudad de Monterrey. En ese sentido, siguiendo las pistas de un informante, los investigadores han estado cavando en un área rural de la citada localidad, descubriendo decenas de cuerpos, algunos de ellos tan quemados que resultan inidentificables y otros con heridas de bala. Al respecto, los investigadores creen que los fallecidos podrían ser personas relacionadas con el crimen organizado, producto de una guerra entre cárteles.



Fotografía tomada del lugar de los hechos. Reuters

En ese sentido, lamentablemente, a muchos no les llamará la atención la violencia que se está viviendo en aquellas zonas del Norte de México, como en otros lugares del planeta, asolados por la guerra de guerrillas, el narcotráfico, el narcoterrorismo, la trata de personas, guerras civiles, étnicas, religiosas, etc.

Sin embargo, ello no puede detener la labor de los agentes de investigación, llamados a ser los instrumentos que coadyuven al esclarecimiento de los hechos y al descubrimiento de la verdad, con fines de castigar a los responsables de hechos delictuosos.

No obstante, los investigadores, no solamente tienen que enfrentar la clandestinidad de los actos criminales llevados a cabo por organizaciones delictivas, sino también la falta de suficientes pistas para la construcción de cadenas de enunciados fácticos.

En efecto, a diferencia de recibir una noticia criminal, o bien la puesta a disposición de un detenido, las autoridades de investigación deben de enfrentarse a casos donde la narración fáctica no está suficientemente completada en circunstancias de tiempo, lugar y modo; y ello, a su vez, impide identificar a los probables intervinientes de un hecho delictuoso.

En esa inteligencia, no cabe plantear una estrategia de construcción confirmativa del caso, al carecer de enunciados fácticos –previos– a confirmar.

Ahora bien, ello tampoco significa la renuncia a realizar algún tipo de acto de investigación o sencillamente emitir, como Ministerio Público, una determinación de archivo temporal ni bien se haya tomado conocimiento de alguno de los hechos, so pretexto que no hay nada que hacer, ni estrategia que formular. Por el contrario, las

determinaciones deben ser tomadas a consecuencia de las investigaciones realizada, aún las que contienen un archivo.

En ese sentido, consideramos como una segunda opción o estrategia procesal, la denominada construcción explorativa del caso. En efecto, y siguiendo con el modelo epistemológico objetivista-crítico, podemos afirmar que, explorando el universo de las evidencias hasta ahora obtenidos, se podrá ir construyendo, en forma probabilística, determinados enunciados fácticos, para luego conectarlos con las categorías normativas que nos ofrece la teoría del delito.

En efecto, y a diferencia de la construcción confirmativa del caso que empezaba por los hechos conocidos a raíz de una noticia criminal o la puesta a disposición de un detenido a la autoridad ministerial, en la explorativa no partimos por los enunciados fácticos, al carecer de ellos, sino de las evidencias que en ese momento, y en el curso de las investigaciones, vamos obteniendo.

RECUERDA

En esta segunda forma de construir el caso, se parte de las evidencias, para poder arribar a los enunciados fácticos, seleccionar la teoría del delito a aplicar y subsumir los citados enunciados en los elementos de la teoría del delito seleccionada.

Ahora bien, debemos de insistir que no estamos ante un tránsito lineal de pasos; por el contrario estamos a un procedimiento donde cada una de sus estaciones se retroalimenta con las demás, con fines de revisión, corrección, sustitución o comprobación.

En esa inteligencia, elaboramos la siguiente tabla que se puede emplear, en la tipología, explorativa del caso:

TABLA DE CONSTRUCCIÓN EXPLORATIVA DEL CASO

I EVIDENCIAS	II ELABORACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS	III SELECCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR	IV SUBSUMIR LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS EN CADA ELEMENTO DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA
Compuesta por aquel material probatorio encontrado o por encontrar	Elaboración, en clave probabilístico, de las circunstancias de tiempo, lugar y modo que envuelven a la narración fáctica	La elección de la teoría del delito a aplicar, elaborando las cuatro listas siguientes: 1. Elementos del delito y sus excluyentes. 2. Agravantes 3. Atenuantes 4. Causales de cancelación de la pena	Relacionar, encuadrar los enunciados fácticos de la segunda columna en algunas de las figuras de las cuatro listas elaboradas en la columna tercera

En ese orden de ideas, el lector puede recurrir a lo comentado en los cuatro capítulos anteriores del presente estudio, tomando en cuenta las siguientes precisiones:

1. En la construcción del caso explorativa, partimos de las evidencias, esto es, de aquel material informativo que nos permitirá, no confirmar los enunciados fácticos –que aún no tenemos– sino para ir conociendo determinadas circunstancias de tiempo, lugar y modo, y de esta manera saber si se cuenta o no con un caso relevante penalmente.

Así, en el caso de la fosa común hallada a 20 kilómetros al este de Monterrey, los investigadores cuenta con: a) el informante, b) los estudios en el lugar de los hechos, c) los estudios en los cadáveres encontrados y d) fotografías. Del universo de las citadas evidencias, las pesquisas tendrán los siguientes objetivos a conseguir: (1) identificación de los cadáveres, (2) determinación de la causa y la data de la muerte, (3) identificación de probables intervinientes, y (4) determinación de demás circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Lo ideal sería la cristalización de tales objetivos, que permitirá un gran avance en las investigaciones. El detalle es que, si no se lograr obtener tales metas, el construir un caso se torna muy dificultoso, que originaría un archivo, por lo menos, temporal de las indagaciones –claro, sin perjuicio que se reabra el caso al encontrarse nuevas pistas en torno al hecho delictuoso y la probable intervención de los imputados en el mismo.

2. Elaboración de los enunciados fácticos. De las resultas de las evidencias recolectadas, podemos ir formando cadenas de acontecimiento o sucesos, por lo menos, de carácter probabilístico. Sin embargo, ello no significa ningún atentado contra los principios de presunción de inocencia y carga probatoria, debido que, la resolución de los conflictos jurídico-penales no se da a través de decisiones judiciales que han alcanzado la certeza absoluta, debido a la limitación cognitiva humana –el opinar lo contrario, comprometería seriamente la dinámica y finalidad del sistema de justicia penal.

En efecto, en la teoría de las decisiones, encontramos tres tipos de fundamentos a la toma de una determinada postura:

- (a) certeza, la cual supone toda una propiedad pragmática que recae sobre una afirmación, en un acto de habla a interpretar en un determinado contexto, cuyo significado estriba en que el afirmante, subjetivamente, esté convencido de la veracidad de su aseveración, e intersubjetivamente, lo aceptable de sus razones pueda convencer.
- (b) Probabilidad; es lo objetivamente determinado y se refiere además a una específica clase de hechos; implica una “apuesta racional”, que tiene como única condición el disponer de un criterio neutral para afirmar la existencia del hecho determinado. En la dimensión nomológica la probabilidad se convierte con frecuencia en base la conjetura y se desarrolla con especial facilidad en las funciones integradoras de las normas, aunque también esté presente en las funciones descriptivas, sobre todo en relación con la exactitud.
- (c) Posibilidad; es la opuesta a la necesidad; implica un juicio meramente individual, subjetivo, en la creencia de una determinada persona en torno a un determinado acontecimiento.

Ahora bien, en el campo de las decisiones judiciales, la misma no puede basarse en la *posibilidad* de un caso con relevancia jurídica, dado que, colisionaría con el carácter objetivo del Derecho, reduciéndolo a un sistema de simples impresiones o creencias subjetivas. Por otro lado, el exigir la certeza absoluta de los hechos es una noble finalidad, pero al mismo tiempo impracticable en la mayoría de caso, aún si aplicamos el esquema de Calamandrei del Juez-Historiador.⁴⁶⁵

465 Según Calamandrei, existen importantes similitudes entre el juez y el historiador; uno y otro estarían llamados a indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad sobre los mismos, mediante una obra de elección y construcción sobre datos preexistentes. Sin embargo, Nobili le objeta a Calamandrei, en primer lugar, por no tomar en cuenta el carácter eminentemente práctico de la orientación del juez –en efecto, el interés que mueve su actuación no es puramente gnoseológico, en la medida en que a averiguación de la verdad tiene que ver con la resolución de un conflicto–. En segundo lugar, esa búsqueda está también interferida por el momento normativo.

En ese sentido, una decisión judicial que descansa en la probabilidad de la existencia de un caso jurídicamente relevante es más razonable como instrumento para la resolución de un conflicto. En efecto, la probabilidad es más concreta que la posibilidad, al tener una mayor concreción de ser probado. Asimismo, es un ideal perfectamente alcanzable, dado que, el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad histórica, puesto que, no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento; esto es, la decisión del órgano jurisdiccional descansa en lo experimentado con la prueba y no en la reconstrucción exacta de una parcela de la infinita realidad.

RECUERDA

Por tanto, es suficiente para el abogado elaborar enunciados fácticos con probabilidad de ser probados para alcanzar una decisión judicial justa y razonable, con aplicación estricta del Derecho y el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales intervinientes.

3. La selección de la teoría del delito a aplicar, implica elaborar las actividades ya comentadas en el capítulo IV del presente estudio, al cual nos remitimos en su plenitud.
4. La subsunción de los enunciados fácticos en la teoría del delito seleccionada, también presenta el mismo matiz comentado en el capítulo V de esta obra.

7.4 CONSTRUCCIÓN PARA MEDIDA CAUTELAR

Encontramos a lo largo de la historia, que los mecanismos procedimentales para la defensa de los derechos materiales supusieron meros instrumentos formales alrededor de una discusión que se resuelve de acuerdo a las reglas del derecho material. Es en aquel contexto (específicamente en Roma) en que, paralelamente al reconocimiento de los derechos subjetivos, surgen una serie de categorías de carácter preventivo que aseguran la actuación de los derechos materiales ante su posible incumplimiento, tanto en el plano privado como en el público. En este último caso, debemos entender que tales mecanismos estuvieron destinados a concretar la eficacia práctica del juzgador.⁴⁶⁶

466 Tales herramientas son considerados como los antecedentes más remotos de las medidas cautelares. La primera conocida de ellas, surgió en el periodo romano arcaico de las legis actiones a través de la manus iniectio por la que, para el cumplimiento de una obligación, el acreedor realizaba una aprehensión material, de carácter extrajudicial, sobre el cuerpo del deudor, cuyo motivo debía ser expuesto posteriormente al magistrado. De contestarse dicho motivo, se dejaba de lado la aprehensión. Con la aparición de las XII Tablas (455 a.C.) aparece una nueva figura denominada addictus. Se refiere a la situación jurídica en la que se encuentra un sujeto luego de pronunciada la decisión judicial que lo condena al cumplimiento de una obligación.

En épocas actuales, fue sólo con la obra de Piero Calamandrei que la doctrina procesal dio un vuelco radical en el estudio de la Teoría Cautelar. La medida no debía ser ni ejecutiva ni declarativa, sino una mezcla de ambas en donde se declare la necesidad de garantizar el futuro del proceso a través de la ejecución de medidas que alteren la relación material existente pues, se entiende que la situación como está, constituye una amenaza para el correcto desarrollo de la relación procesal. Es por tal motivo que, pocos años después no dudó en considerar a las medidas cautelares como una nueva y original forma de efectuar la prestación jurisdiccional, la expresión de un auténtico *tertium genus*.

RECUERDA

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo ideado para la protección de la eficacia del proceso judicial.

En otras palabras, la calidad de *addictus* recae sobre el deudor al momento de iniciarse la fase de ejecución y lo convierte en garantía del crédito hecha valer en su contra. La garantía supone, en los hechos, encerrar al deudor en una cárcel privada de propiedad del acreedor hasta que aquel honre su obligación. Si el crédito es satisfecho en los próximos sesenta días, se levanta la garantía impuesta y se deja en libertad al deudor. De no cumplirse con el pago, acudimos a un típico acto ejecutivo: *la venta trans Tiberim* y *la reducción en esclavitud del addictus*.

Sin embargo, ante estas figuras cabe mencionar que la reconstrucción sistemática de las medidas cautelares en el Derecho romano es trabajo prácticamente imposible, y ello porque en esa época no existieron las medidas cautelares, sino una figura más amplia como es el aspecto preventivo de la tutela de los derechos, sin que juegue la distinción, aún no conocida entre derecho material y procesal. Las figuras preventivas descritas deben ser entendidas, por tanto, como mecanismos de tutela material, es decir, como garantías sobre las cuales se presupone su cumplimiento espontáneo a través de la observancia de la normativa vigente o, en la misma medida, por un cumplimiento forzado a través de la asistencia de una entidad pública.

En la última etapa del Imperio Romano (post clásica) asistimos a un conjunto de invasiones bárbaras que, junto con la actividad de los Glosadores y Comentaristas surgidos en su mayoría de la Universidad de Bologna, dieron lugar a lo que conocemos como el derecho común. Este complejo sistema jurídico, sometido a innumerables transformaciones e influencias culturales, regirá a las sociedades europeas durante la Edad Media.

A lo largo del Medioevo, a pesar de la inercia de pensamiento que acompañó los primeros años de la época, se concretaron reformas procesales que privilegiaron las necesidades económicas y sociales de los grupos dominantes, a través de la aceleración de los procedimientos y de la desmitificación de la cognición plena como requisito para el otorgamiento de una prestación jurisdiccional oportuna.

La medida cautelar, como hoy la podemos concebir, es tan reciente como los primeros pasos efectuados para la configuración de una ciencia procesal. Es decir, sólo desde mediados del Siglo XIX, fecha desde la cual ingresamos al estadio procedimental que durará hasta la aparición de obras como las de von Bulow y luego de Chiovenda ya entrando al nuevo siglo, se empezó a tener una noción de las medidas de aseguramiento preventivo.

Ahora bien, con esta premisa, la conceptualización de la medida cautelar ha presentado ribetes propios cuando se lo formula en el contexto de un específico proceso judicial.

Por ejemplo, en el ámbito del proceso civil, la medida cautelar es definida como un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.⁴⁶⁷ O bien, las medidas cautelares son entendidas como medios tendientes a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es prima facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.⁴⁶⁸

En cambio, en el ámbito penal, las medidas cautelares son definidas como aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objetos de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga.⁴⁶⁹ Asimismo, son conceptuadas como toda restricción al ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.⁴⁷⁰

NOTA

Para nosotros, y continuando en el escenario del proceso penal, las medidas cautelares son actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes y sobre la base de la apariencia de un hecho delictuoso así como la probable intervención del imputado, se dictan para proteger un derecho, asegurar la eficacia de los actos de investigación o evitar un peligro procesal.

1. En ese sentido, son actos de coerción, dado que, por el *imperium* otorgada por la Constitución a determinadas autoridades, se restringe el ejercicio de determi-

467 MONROY GÁLVEZ, Juan. "TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Ediciones librería Studium, Lima, 1987, p. 21.

468 MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. "MEDIDAS CAUTELARES", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p.28.

469 MAZA, José. "LA PRISIÓN PREVENTIVA". En: *Constitucionalización del proceso penal*, Editorial Carrión, Santo Domingo, 2002, p. 299.

470 CAFFERATA NORES, José. "MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 07.

nados derechos constitucionales tanto en la persona del imputado, sus bienes o el patrimonio de terceras personas vinculadas con el procesado.

Así podemos identificar las siguientes medidas de coerción:

<p>Medidas de coerción que afectan el ámbito de derechos personales</p>	<p>Detención en flagrancia delictiva. Detención por autoridad ministerial en caso de necesidad o urgencia. Detención por mandato judicial. Prisión preventiva. Arresto domiciliario. Prohibición de salir del país o abandonar determinada demarcación territorial. Prohibición de acercarse a determinado lugar o determinada persona. Restricciones de la libertad durante la práctica de una inspección por obstaculización de la diligencia a ser practicada Internamiento preventivo. Colocación de localizadores electrónicos. Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de determinada persona o institución. Obligación de presentar periódicamente ante el Juez u otra autoridad. Separación inmediata del domicilio. Suspensión preventiva de derechos.</p>
<p>Medidas de coerción que afectan el ámbito de derechos patrimoniales</p>	<p>Embargo Incautación Prohibición de enajenar y gravar Anotaciones marginales Retención de bienes Pensión alimenticia</p>
<p>Medidas de coerción que afectan derechos cuyo titular es una persona jurídica o moral</p>	<p>Clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos. Suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. Nombramiento de un administrador judicial. Sometimiento o vigilancia judicial. Anotación o inscripción registral del proceso penal.</p>

2. Fundamento: la apariencia de un hecho delictuoso, así como la probable intervención del imputado (*fumus comissi delicti*). Consiste en la existencia de datos de prueba pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes en torno a la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un ilícito penal –el tipo de sanción penal con el cual se ve castigado el citado ilícito punitivo, también incidirá en la procedencia de una concreta medida cautelar.

La plausibilidad de los datos de prueba, en tanto elemento esencial, connota la existencia de hechos –enunciados fácticos– que permiten inferir, para un observador objetivo, la probabilidad que el imputado intervino en un hecho calificado por la ley como delictuoso.

Para Ortells Ramos, nos encontramos ante el primer presupuesto material de la medida cautelar en materia penal, el cual consta de dos reglas: la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento;⁴⁷¹ y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito.

3. Finalidades: la protección de un derecho, asegurar la eficacia de la investigación o evitar la materialización de un peligro procesal (*periculum libertatis*). Aparte de demostrar la apariencia de un hecho delictuoso, la concesión de una medida cautelar depende de la existencia de una razón o para qué, la cual justifique la restricción de un determinado derecho constitucional.

Así, en primer lugar, tenemos la protección de un derecho; por ejemplo, cuando el Juez ordena el embargo de determinados bienes del imputado o del tercero civilmente responsable, lo hace en la inteligencia de garantizar la probable reparación de los daños a favor de la víctima u ofendida –entendida como un derecho al resarcimiento que, en la mayoría de legislaciones tiene rango constitucional. Igualmente, cuando se solicita a la autoridad respectiva la restitución provisional de un bien despojado, el mismo presenta como *ratio essendi*, garantizar el derecho a la posesión del beneficiado con la citada medida cautelar.

Por otro lado, y en segundo lugar, tenemos el asegurar la eficacia de la investigación, esto es, garantizar el éxito en la realización de diligencias de investigación, y así, por extensión, coadyuvar al esclarecimiento de los hechos.

471 En nuestro esquema de trabajo sería, la presencia de suficientes datos de prueba que arroje que se está ante un caso probable de delito.

En ese sentido, y a diferencia de otros procesos judiciales, el penal empieza necesariamente con la realización de diligencias de investigación con la finalidad que el órgano que investiga (el Ministerio Público) recabe los elementos necesarios que le causen convicción sobre la presencia de hechos constitutivos de delitos, así como, la probable intervención del imputado. Por esa razón, hay medidas coercitivas diseñadas para cumplir esta concreta finalidad; así tenemos, por ejemplo, la detención, la orden de aprehensión o el arraigo. Las mismas no están diseñadas para el adelantamiento de los efectos de una futura sentencia o condena; al contrario, su aplicación en la etapa inicial del proceso manifiesta que su finalidad es otra: asegurar la realización y eficacia de los actos de investigación más urgentes e inaplazables, en el marco del respeto a los principios propios de un sistema acusatorio garantista.

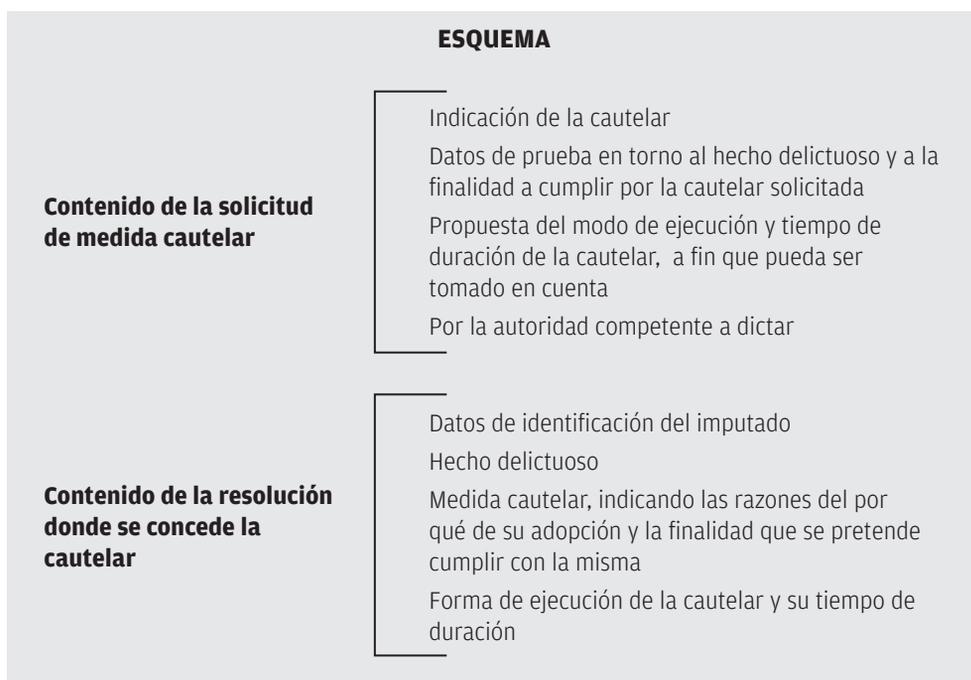
Asimismo, y en tercer lugar, tenemos la finalidad, capaz más recurrente en la medida cautelar, de evitar un peligro procesal (*periculum libertatis*); esto es, riesgos que pongan en peligro el inicio y continuación del proceso punitivo, así como, el dictado de una decisión justa y arreglada a Derecho. En esa inteligencia, cuando se inicia un proceso penal contra alguien, surge el peligro que el imputado trate de eludir la acción de la justicia, destruir u ocultar el material probatorio o realizar cualquier otra conducta tendiente a obstaculizar la materialización o cristalización tanto de la pretensión de sanción como la reparación del daño (ejemplo de este último es el ocultar sus bienes o transferirlos a terceras personas a fin de eludir el pago de la indemnización, todo ello con conocimiento de los terceros adquirentes). Para evitar estos riesgos o peligros procesales, es que se han diseñado concretas medidas coercitivas como la prisión preventiva o el embargo, a fin de evitar que se frustre la eficacia de las pretensiones que se ventilan en el proceso penal debido a conductas maliciosas del procesado.

Ahora bien, dentro del peligro procesal encontramos los siguientes supuestos:

- Peligro de sustracción a la acción de la justicia o fuga; es decir, cuando existen datos de prueba que permitan, razonablemente inferir, la probabilidad de que el imputado podría no someterse al proceso penal. El peligro de fuga es una manifestación concreta del más amplio *peligro procesal*, entendido este último como la posibilidad de que se frustren los fines del proceso penal a causa de la puesta en libertad del sospechoso; es decir, los peligros que pueden derivar del hecho de que el imputado permanezca en libertad durante el tiempo que dure el proceso.

Así, en la falta de domicilio conocido, de trabajo o de carga familia, o la calidad de extranjero del imputado, o bien la presencia de antecedentes penales o mantener un proceso punitivo o pena pendiente de cumplimiento, son indicadores en torno al peligro de fuga; claro está que no basta dar un enunciado genérico del mismo, sino una explicación de los enunciados fácticos, la norma –en este caso procesal– y el contenido de los datos de prueba, que permita al juzgador inferir la presencia de este tipo de peligro procesal.

- Peligro de obstrucción u obstaculización; el mismo gira en torno a evitar que el imputado o terceras personas vinculadas a él, vayan a destruir, modificar u ocultar las fuentes o medios de prueba, o bien influya en las primeras; y de esta manera poner en riesgo la finalidad de esclarecimiento de los hechos.
- Proteger al denunciante, víctima, testigos, peritos y cualquier miembro de la comunidad. Aquí se observa la función tuitiva de las medidas cautelares, en donde, indirectamente, se está protegiendo a determinados órganos de prueba, con la finalidad que no se atente contra los mismos o sus familiares.



Ahora bien, ante tal marco es obvio que una solicitud de aplicación de una medida cautelar, así como su contestación, también obedece a una estrategia procesal materializada en una hipótesis de trabajo –la cual si varía o desaparece, a su vez, fundamentarían los pedidos de revocación, modificación o sustitución de medida cautelar.

En ese sentido, la elaboración de la citada hipótesis obedece a la construcción de un caso, el cual tiene la peculiaridad de presentar dos momentos: la primera, que gira en torno al hecho delictuoso principal –elaborado a partir de una construcción confirmativa o explorativa– y, en segundo lugar, a determinados enunciados fácticos que justificarían la imposición de una medida de coerción.

RECUERDA

La construcción del caso que justifique la aplicación de una medida cautelar, presenta dos momentos: tabla de construcción en torno al hecho delictuoso y la probable intervención del imputado; y, tabla de construcción en torno a enunciados fácticos que, en concreto, fundamenten la aplicación de la cautelar.

En torno al hecho principal –hecho delictuoso y la probable intervención del imputado–, como ya se indicó, el abogado tomará en cuenta el caso construido, en forma confirmativa o explorativa, comentados en los apartados anteriores del presente capítulo, al cual nos remitimos.

Por otro lado, y con relación a los enunciados fácticos que justifiquen la imposición de una medida cautelar, opinamos que los mismos pueden obedecer a una tabla de construcción confirmativa del caso, diseñado en el apartado 3.3 del presente estudio –sería muy inusual emplear la tabla explorativa.

En esa inteligencia, proponemos el siguiente esquema para la elaboración del caso en torno a una medida cautelar.

TABLA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO PARA UNA MEDIDA CAUTELAR

PRIMER MOMENTO. CONSTRUCCIÓN DEL HECHO PRINCIPAL: HECHO DELICTUOSO Y PROBABLE INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO

Primera variante: Construcción confirmativa

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
Consúltese el capítulo III del presente libro	Consúltese el capítulo IV del presente libro	Consúltese el capítulo V del presente libro	Consúltese el capítulo VI del presente libro

Segunda variante: Construcción explorativa

I EVIDENCIAS	II ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS	III SELECCIONANDO LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR	IV SUBSUMIR LOS HECHOS EN CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO SELECCIONADA
Consúltese el capítulo VI del presente libro	Consúltese el capítulo III del presente libro	Consúltese el capítulo IV del presente libro	Consúltese el capítulo V del presente libro

SEGUNDO MOMENTO. CONSTRUCCIÓN CONFIRMATIVA DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS QUE JUSTIFIQUEN LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR, ATENDIENDO A: PROTEGER EL DERECHO INVOCADO, ASEGURAR LA EFICACIA DE LA INVESTIGACIÓN O EVITAR UN PELIGRO PROCESAL

I ELABORANDO LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS	II SELECCIONANDO LA FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR A APLICAR	III SUBSUMIR LOS HECHOS EN ALGUNA DE LAS FINALIDADES DE LA MEDIDA CAUTELAR	IV EVIDENCIAS
Enunciados fácticos referidos a hechos diferentes del evento principal	1. La protección de un derecho 2. Asegurar la eficacia de la investigación 3. Evitar un peligro procesal: Peligro de fuga Peligro de obstrucción Peligro contra el denunciante, víctima, ofendido, testigos, peritos y cualquier miembro de la comunidad	Es el proceso de relacionar los enunciados fácticos con alguna de las finalidades de la segunda columna	Es el material probatorio que permitirá establecer la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos

Estas tablas tienen la siguiente explicación:

1. El primer momento de construcción de un caso con fines de solicitar la aplicación, modificación, sustitución o revocación de una medida cautelar, gira en torno a la existencia o no de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado –es el denominado *fumus comissi delicti*: la apariencia de un hecho delictivo–. Si se logra establecer la ausencia de este presupuesto entonces no habrá necesidad de aplicar o seguir manteniendo una medida cautelar, dado que, no existe un hecho delictuoso que justifique restringir los derechos constitucionales del imputado. En cambio, si se logra establecer la presencia del *fumus comissi delicti*, entonces, no solamente habrá la necesidad de mantener un proceso punitivo sino, además, el recurrir a alguna medida de coerción que busque asegurar los fines del mismo.
2. Si existen datos de prueba que permitan sospechar la presencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado, entonces pasaremos a un segundo nivel de análisis, el cual gira en torno al examen de la presencia de

enunciados fácticos que permitan, razonablemente, postular la necesidad de proteger un derecho, asegurar la eficacia de la investigación, o bien, evitar un determinado peligro procesal.

En este segundo momento, podemos emplear una tabla de construcción, compuesta por los siguientes elementos y en este mismo orden:

- (a) Elaborando los enunciados fácticos. Aquí vamos a seleccionar determinados sucesos no necesariamente conectados con el hecho delictuoso, pero que presentan una relevancia jurídica en torno a la procedencia o no de una medida cautelar.

Ejemplo:

- Juan Pérez Gómez señala que labora en la tienda “El vendedor feliz” desde hace 05 años.
- El gerente general de la tienda “El vendedor feliz” señala que Juan Pérez Gómez dejó de laborar en aquella tienda desde hace más de un año.
- Juan Pérez Gómez dice no contar con otro trabajo o fuente de ingresos.

Como se puede observar, son enunciados fácticos que no nos revelarán la presencia de un robo, homicidio o aborto; sin embargo, la identidad o relevancia normativa de los mismos, no giran en torno a categorías normativas de Derecho penal sustantivo, sino del ámbito adjetivo o procesal –en este caso, referido a la procedencia o no de una medida de coerción.

- (b) Seleccionando la finalidad de la medida cautelar a aplicar. Como se indicó en el anterior apartado, en este punto de nuestra estrategia procesal, no será necesario trabajar con la teoría del delito, sino con aquella o aquellas finalidades que la norma adjetiva ha establecido para la procedencia de una o más medidas cautelares.

Recordemos que tales fines pueden ser: a) proteger un derecho, b) asegurar la eficacia de la investigación y, c) evitar un peligro procesal, traducido en un riesgo de fuga, de obstrucción o el atentado contra el denunciante, víctima, ofendido, testigo, perito o cualquier miembro de la comunidad.

En ese sentido, bastará con enunciar aquellas finalidades detectadas en la normatividad reguladora de las medidas de coerción.

- (c) Subsumir los hechos en alguna de las finalidades de la medida cautelar. Aquí estamos ante un proceso de relación o correspondencia entre la información de la primera columna con la segunda, con la finalidad de identificar cuál o cuáles de las finalidades para la procedencia de una cautelar se ha configurado a través de los enunciados fácticos.

Por ejemplo:

- Peligro procesal:

- A. Juan Pérez Gómez señala que labora en la tienda “El vendedor feliz” desde hace 05 años.
- B. El gerente general de la tienda “El vendedor feliz” señala que Juan Pérez Gómez dejó de laborar en aquella tienda desde hace más de un año.
- C. Juan Pérez Gómez dice no contar con otro trabajo o fuente de ingresos.
- (d) Evidencias. Es decir, el material probatorio obtenido –no puede ser por obtener debido a lo sumarisimo que es el trámite de medida cautelar– que permita establece la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos enumerados en la primera columna.

Ejemplo:

- A. Juan Pérez Gómez señala que labora en la tienda “El vendedor feliz” desde hace 05 años.

Evidencia:

- Entrevista de Juan Pérez Gómez ante la autoridad ministerial.
- Identificación de Juan Pérez Gómez ante la autoridad jurisdiccional.

- B. El gerente general de la tienda “El vendedor feliz” señala que Juan Pérez Gómez dejó de laborar en aquella tienda desde hace más de un año.

Evidencia:

- Entrevista del gerente general de la tienda “El vendedor feliz”.
- Informe socio-económico de la Policía ministerial.

- C. Juan Pérez Gómez dice no contar con otro trabajo o fuente de ingresos.

Evidencia:

- Entrevista de Juan Pérez Gómez ante la autoridad ministerial.
- Identificación de Juan Pérez Gómez ante la autoridad jurisdiccional.

Si se logra completar todos estos puntos, entonces el Ministerio Público tendrá el material suficiente para solicitar la correspondiente medida cautelar.⁴⁷² Caso contrario,

472 A ello, debemos de agregar la observancia de los principios que regulan las medidas cautelares, los cuales son:

(1) Principio de judicialidad. Las medidas cautelares, por regla, son dictadas en virtud de mandato judicial (salvo los casos de flagrancia delictiva). De acuerdo con este principio las medidas cautelares sólo pueden ser impuestas por la autoridad judicial. El fundamento de este principio radica en las funciones de control y garantía del Juez; es decir, en el análisis que el juzgador realiza en torno a la legalidad, proporcionalidad y procedencia de aquellas medidas (como las cautelares) que afectan derechos constitucionales de los sujetos procesales.

(2) Principio de excepcionalidad o subsidiariedad. Significa que las medidas cautelares (como por ejemplo la prisión preventiva) sólo se aplican cuando fuese absolutamente indispensable

la defensa tendrá suficientes argumentos para solicitar la no imposición de medida de coerción alguna o la revocación o sustitución, según fuese el caso, de la ya existente.

Ello, también nos permite afirmar que en una carpeta de investigación, el Ministerio Público tendrá que tener, por lo menos, dos grupos de datos de prueba. El primero, relacionado con el hecho delictuoso, y el segundo, que gira en torno al peligro procesal, el derecho a proteger o el aseguramiento del éxito de una investigación, que son los sustentos para la procedencia de una medida cautelar.⁴⁷³

7.5 MOMENTO PROCESAL EN DONDE SE DA LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO, REFERIDO AL HECHO PRINCIPAL COMO A LA MEDIDA CAUTELAR

Con este apartado damos por concluido el análisis del primer paso en torno a nuestra versión de teoría del caso, esto es, la construcción del mismo. En ese sentido, la pregunta a formular es: ¿Cuándo se debe construir el caso? Si uno vincula esta figura con el juicio oral, entonces afirmará que momentos antes de la audiencia de debate oral, el abogado tendrá que elaborar su personal versión de los hechos. Sin embargo, tal proceder deja al litigante en una completa oscuridad; es decir, ¿cuál será su estrategia en las etapas anteriores al juzgamiento?

para los fines del proceso. Esta excepcionalidad obliga a la autoridad judicial a pensar, en principio, en no ordenar medida alguna que restinga el derecho a la libertad de la persona u otro derecho constitucional del imputado, salvo que las otras medidas cautelares menos restrictivas o de gravedad menor, no puedan cumplir con su finalidad.

(3) Principio de provisionalidad. Según este principio, las medidas cautelares se mantienen mientras aún existan los presupuestos que fundaron su aplicación o hasta que se dicte la respectiva sentencia. Este principio, también se le conoce como el de *reformabilidad de las medidas cautelares*, donde su contenido descansa en la posibilidad que la decisión de imponer una medida cautelar o rechazarla es revocable o modificable en cualquier estado del proceso; incluso el juez puede proceder de oficio, cuando favorezca la libertad del imputado.

(4) Principio de motivación. La adopción de una medida cautelar debe estar debidamente sustentada por el Juez, máxime si está resolviendo sobre la limitación o restricción de derechos constitucionales. Esta exigencia también se extiende a la solicitud que realice el Ministerio Público.

(5) Principio de proporcionalidad. Según este principio, la adopción de la medida cautelar debe ser equivalente a la gravedad de los hechos y a la finalidad que se pretende lograr. Es decir, se debe solicitar y aplicar la aquella que será más eficaz para proteger un derecho, asegurar el éxito de la investigación o evitar un determinado peligro procesal.

473 Ejemplo, en la entrevista se debe formular preguntas tanto de identificación, luego del hecho principal materia de investigación y también aquellas relacionadas con algunos de los fines para la aplicación de alguna medida de coerción

En esa inteligencia, opinamos que desde el primer momento en que el abogado ha tomado conocimiento de los hechos tiene la necesidad de construir su caso. Así, en lo que respecta al Ministerio Público, ese primer momento estará dado cuando ha recibido la denuncia o a un detenido a quien se le ha puesto a su disposición. En cambio, la defensa lo hará cuando conozca de la noticia criminal a través de su primer contacto con su patrocinado o cliente –o en su defecto, por los familiares de éste.

Ello, porque en cada etapa del proceso penal se debe tomar una serie de decisiones que afectará la continuación del proceso punitivo; decisiones que por lo general son tomados en audiencia, con asistencia tanto del Ministerio Público como el abogado defensor. En esa inteligencia, los abogados deberán asistir a las audiencias con su estrategia procesal configurada, a fin de formular requerimientos o contestar lo planteado por la contraparte.

Y ese plan o estrategia procesal no puede ser uno ad hoc a las circunstancias propias de cada planteamiento, audiencia o etapa procesal. Es decir, el defensor no puede inferir que, si el Ministerio Público analiza el hecho delictuoso, afirmaré que mi cliente no estuvo en el lugar de los hechos, y cuando solicite, la autoridad ministerial, medida cautelar, indicaré que no hay peligro procesal alguno porque mi cliente es confeso. Eso, por estructura y contenido son irreconciliables, excluyentes, disímiles.

En ese orden de ideas, el realizar las tablas con las cuales hemos trabajado a lo largo del presente capítulo, permitirá a las partes identificar cuál es su mejor opción en el proceso penal, sus fortalezas y debilidades, así como, visualizar cuáles serían los caminos que la contraparte puede escoger cuando esté formulando su propia teoría del caso.

Y, una vez formulada la estrategia procesal, la misma será fortalecida, por el transcurrir del proceso penal –si hay oportunidad de hacer enmiendas o correcciones no será porque nos encontramos ante un abogado indeciso o ambivalente, sino ante uno prudente, que prefiere mejorar su hipótesis de trabajo, antes de seguir amarrado en uno absurdo o improbable– teniendo un plan de trabajo y una argumentación que plantear ante cualquier requerimiento de la contraparte o decisión de autoridad alguna, igualmente estará preparado para asistir a las audiencias que se vayan convocando desde la etapa de investigación hasta la culminación del proceso punitivo.

RECUERDA

La construcción del caso debe darse desde el primer momento en que se tiene conocimiento de la noticia criminal.

Ello, originará estar ante la presencia de un abogado responsable y sobre todo preparado en la dinámica que exige el proceso penal, como marco de resolución del conflicto de intereses nacido a consecuencia de la comisión de un delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Con relación a la construcción confirmativa del caso, al haberse recibido una denuncia o a un detenido

- A.A.V.V. *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Editorial Pons, Madrid, 2006.
- ANTON Y BARBERA, Francisco y LUIS Y TUREGANO, Juan Vicente. *Manual de técnica policial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, José. Et. Al. *Manual del policía*, 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2004.
- MORA, Héctor. *Manual del vigilante de seguridad*, Tomos I y II, Editorial Club Universitario, Alicante, 2008.
- YÁÑEZ ROMERO, José Arturo. *Policía de investigación. Entre las técnicas de investigación y las pruebas judiciales*, Editorial UBIJUS, México, 2010.

2. Con relación a la construcción explorativa del caso, tomándose en cuenta la figura de la probabilidad en el Derecho

- BRUNO, Leoni. *Lecciones de filosofía del Derecho*, Unión editorial, Madrid, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. "El juez y el historiador". En: *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Derecho y política*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, 6ta. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976.
- GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffré, Milán, 1974.
- REALE, Miguel. *Verdad o conjetura*, Nova frontera, Rio de Janeiro, 1983.
- ROMERO, COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

3. Con relación a las medidas cautelares en el proceso penal y su relación con la teoría del caso:

- A.A.V.V. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1997.

- A.A.V.V. *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- A.A.V.V. *Debido proceso y medidas de coerción personal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- ALVARADO VELLOSO, Alfonso. *Cautela procesal*, Editorial Juris, Buenos Aires, 2008.
- BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- CAFFERATA NORES, José. *Medidas de coerción en el nuevo Código procesal penal de la nación*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. *La prisión preventiva en México*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- CAZAREZ RAMÍREZ, José. *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- CHIARA DIAZ, Carlos. *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2007.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis. Et. Al. *Arraigo y prisión preventiva*, Flores editor, México, 2010.
- GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. *Medidas cautelares en el proceso penal*, Editorial Coyoacán, México, 2009.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Julián Ángel, *Medidas cautelares en el proceso penal. 355 preguntas y respuestas. Formularios*. Servicio de Propiedad Inmobiliaria, Madrid, 2008.
- MAZA, José. "La prisión preventiva". En: *Constitucionalización del proceso penal*, Editorial Carrión, Santo Domingo, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *El embargo preventivo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*, Editorial La Ley, Madrid, 2001.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Editorial Pons, Madrid, 2008.
- VILLAR, Ariel. *Medidas de coerción policiales*, Editorial Omar Favale, Buenos Aires, 2005.

CAPÍTULO VIII



SEGUNDO PASO: RECOLECTANDO LAS EVIDENCIAS DEL CASO



8.1 LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

En principio, cabe señalar que en la reforma al sistema de justicia penal, se ha podido identificar la siguiente tipología de procesos penales:

- (a) El común u ordinario; que por regla general debe ser observado sea cual fuese la clase o tipo de delito cometido, salvo la presencia de alguna circunstancia excepcional que justifique observar la segunda modalidad de procedimiento.
- (b) Los especiales. Dentro de los procedimientos especiales, tenemos:
 - Procedimiento abreviado.
 - Procedimiento para inimputables.
 - Procedimiento seguido a miembros de comunidades o pueblos indígenas.
 - Procedimiento por delito de acción privada.
 - Procedimiento para hacer efectiva la acción civil.

Asimismo, el proceso penal común u ordinario presenta las siguientes fases o etapas procesales:

1. Etapa de investigación preparatoria. Es aquella que busca reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan: I) al Ministerio Público decidir si formula o no imputación contra el indiciado, y en caso afirmativo, y según las resultas de sus actos de investigación que posteriormente realice, decidir por presentar acusación o solicitar el sobreseimiento; y II) al imputado preparar su defensa.
2. Etapa intermedia o de preparación para el juicio oral. El fin esencial que persigue esta etapa es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Mi-

nisterio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar o de investigación; es decir, revisar si la investigación está completa y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación.

3. Etapa del juicio oral. Es la etapa central del proceso penal, dado que, es la materialización del derecho constitucional a ser juzgado en audiencia pública; en la misma, las partes exponen su teoría del caso, se desahogan las pruebas, se emiten los alegatos de cierre y el o los juzgadores forman convicción y emiten la respectiva sentencia.

Asimismo, a estas etapas debemos agregar las reglas referidas a la impugnación como a la ejecución de sentencias.

Por otro lado, la investigación preparatoria es la fase inicial del proceso penal, y al mismo tiempo es la oportunidad en que se recolectan las evidencias por parte del agente del Ministerio Público asignado, así como por el abogado defensor, como se verá en el siguiente apartado. Asimismo, la intervención del Juez de Control –o de garantía– es mínima en esta fase, pero no por ello ausente de importancia, al ser el garante del respeto a los derechos fundamentales en la mencionada etapa procesal –en ese sentido, él es quien concede las órdenes de aprehensión, cateo, intervención de comunicaciones, o bien impone medidas cautelares, controla la observancia de los plazos procesales, etc.

Asimismo, la etapa de investigación preparatoria, 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 incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y del ofendido o 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 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) Realizar las diligencias o actos de investigación, usualmente encomendadas a la Policía.

- (b) Solicitar aquellas medidas cautelares o de coerción que aseguren la eficacia de la investigación, aún desde sus inicios.
- (c) Solicitar aquellas 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. Sólo 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, aún si está en fase de investigación preparatoria. 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, tal cual hemos venido desarrollando en el presente libro.
- 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 Ministerio Público ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.
- La etapa de investigación se le ha dividido en dos sub fases. La investigación se ha dividido en dos momentos, el primero va desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de los hechos presumiblemente delictivos hasta que formula imputación y se le vincula al imputado al proceso, por auto emitido por el Juez de Control; el segundo empieza después del auto de vinculación al proceso hasta el cierre de la investigación, luego del cual el Ministerio Público emite su pronunciamiento (acusación o solicitar el sobreseimiento).

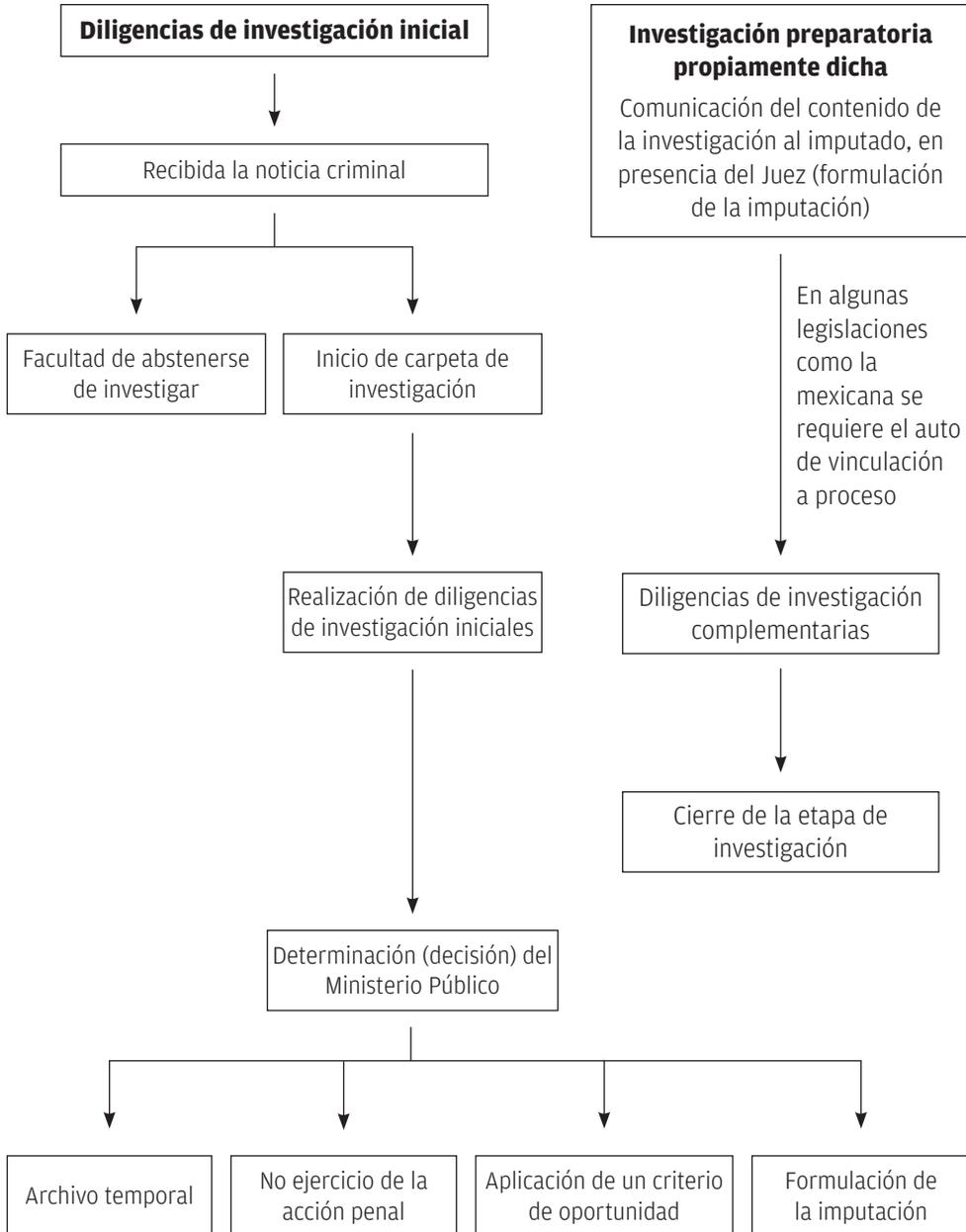
El primero de los mencionados es una indagación preliminar que realiza el Ministerio Público, para emitir una inicial decisión: *archivo temporal, archivo definitivo, aplicación de los criterios de oportunidad o formular imputación*. Es como un primer filtro, donde se depura aquellos conflictos penales que por su relevancia y falta de una solución previa, requieren vincular al imputado al proceso, a través de una formulación de imputación presentada al Juez de Control, quien, previa audiencia, decidirá si emite o no auto de vinculación al proceso.

El segundo de los mencionados es una indagación complementaria al anterior, a fin que el Ministerio Público refuerce sus elementos de convicción, a fin de decidir si emite acusación contra el imputado o solicita al Juez de Control el sobreseimiento del proceso.

En suma, la etapa de investigación preparatoria presenta dos momentos o filtros: el primer busca eliminar del sistema penal aquellas denuncias o querellas cuyos hechos no presentan contenido penal, no se ha identificado al responsable; o presentando relevancia penal, se pueden aplicar los criterios de oportunidad o formular imputación ante el Juez de Control. El segundo busca reforzar los elementos de convicción del Ministerio Público, posterior a la formulación de la imputación y vinculación al imputado al proceso, donde el primero de los mencionados decidirá si acusa o solicita el sobreseimiento.

- En la etapa de investigación, el Juez de Control sólo 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, aún 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 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 el responsable de velar por el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en una investigación; asimismo, en el Juez de Control 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. Este Juez es diferente al Juez o Jueces encargados del juzgamiento de una persona.

ESQUEMA



8.2 EL ABOGADO INVESTIGADOR

En principio, todo abogado, ya sea que actúe como Ministerio Público o bien como abogado defensor, llegará el momento en que se pregunte: ¿debo de llevar al testigo “X” al juicio oral? ¿El peritaje que obtuve es suficiente? ¿Es conveniente que el imputado declare?

Ya se comentó a lo largo de este estudio la necesidad de elaborar una teoría del caso. Pero la misma es el planteamiento metodológico, el cual, si bien nos puede dar orientación, estrategia e incluso nombres de personas que fortalezcan el planteamiento, la pregunta aún se mantiene la pregunta de si debo o no de llevar a aquella persona como testigo al juicio oral, ¿podré confiar en sus respuestas en la audiencia más importante del proceso penal, como es la del juzgamiento?

RECUERDA

Cuestiones como la confianza o credibilidad de las pruebas en el juicio oral no lo resuelve la teoría del caso; la misma es una brújula, pero que es limitada ante el campo desconocido como es la reacción humana.

Al respecto, elaboramos un ejemplo: El abogado defensor ha elaborado su teoría del caso, la cual es: homicidio por emoción violenta; su patrocinado mató movido por ese estado psicológico que puede fungir como un atenuante a la sanción. Asimismo, la teoría del caso que elaboró ha arrojado que con el testimonio de Susana –la mejor amiga de la occisa– se podrá demostrar que la víctima, en el día de los hechos, estaba practicando la relación sexual con su amante, momento preciso en que llega su cónyuge y se produce el hecho de sangre. Hasta allí todo bien; pero la pregunta es: ¿Qué seguridad tiene el abogado defensor que, cuando en el juicio oral sea interrogada Susana, su dicho, la información que posee, concuerde con la construcción y relato hecho por el letrado?

La confianza de los abogados litigantes en el proceso penal se construye en función a los datos e informaciones que obtengan durante la etapa de investigación. Si, se ha dicho hasta el hartazgo que los actos de investigación carecen del valor probatorio para resolver el fondo del asunto. Sin embargo, alguna utilidad práctica tendrán; no por ello, los textos adjetivos dedican extensos capítulos para regular tales actos.⁴⁶⁴

464 En efecto, si bien la etapa de investigación y de juicio oral presentan estructuras y finalidades propias, no significan que sean islas aisladas la una de la otra; por el contrario, ambas son fases del mismo proceso penal, por lo que, entre ellas existe una interrelación valorativa-normativa; por ejemplo, (a) tendré éxito en el juicio oral a través de la adecuada y pertinente actuación o desahogo de los medios de prueba; (b) para ello, se habrá tenido que identificar y seleccionar, con anticipación, esos medios de prueba adecuados y pertinentes; y, (c) para

La utilidad de los actos de investigación es una: *obtener la información que sustente la teoría del caso y le de las armas cognitivas al abogado litigante a la hora de desahogar las pruebas en la audiencia del juicio oral o, excepcionalmente, en la audiencia de prueba anticipada o irreproducible.*

Por eso la recomendación: abogados litigantes, ya sea Ministerio Público o defensor, investiguen, antes de llamar al estrado –en la audiencia del juicio oral– a un testigo o perito.

Ahora bien, se ha indicado que una gran falencia en nuestro sistema de justicia penal es la carencia en la formación de abogados investigadores. Por tal razón, este capítulo pretende, en algo, llenar este gran vacío. Pero está dirigido al abogado defensor, quien es el abogado litigante que más le cuesta entender que no debe dejar las investigaciones solamente a manos del Ministerio Público.

En efecto, la función de investigación del defensor comienza desde su designación en una litis penal, de inmediato deberá imponerse de los hechos denunciados, de los medios de convicción recogidos; igualmente, deberá intentar conocer la versión del indiciado o imputado a la mayor brevedad. La investigación es una tarea introductoria que permite desplegar las demás, es una labor constante, que perdurará durante todo el proceso penal.

Desde la óptica del abogado defensor como director de la labor de investigación de la defensa, obviamente se visualiza a un profesional que reconoce los diversos planos de indagación:

- (a) Respecto a los hechos denunciados y la normativa aplicable. Si es *fáctica* (relativa a los eventos denunciados), deberá ubicar, valorar y si es de utilidad, asegurar cualquier medio de convicción y, cuando sea necesario deberá asesorarse por peritos o expertos o dedicar el tiempo necesario al estudio del dato o tema técnico relevante en la defensa; si es de *orden jurídico*, manejará las fuentes bibliográficas, doctrinarias o de jurisprudencia relevantes al caso, así como las exigencias legales y los procedimientos que determinan la autenticidad y legalidad de la prueba. Además, deberá tener claridad respecto de los propósitos de cualquier pesquisa, de conformidad con su teoría del caso.
- (b) Respecto de medidas cautelares o de coerción. La circunstancia que una persona pierda sus bienes materiales y más importante aún, su libertad, involucra al defensor en la investigación para prevenir o modificar las medidas impuestas. Una

el logro de las mismas habré tenido, con mucho tiempo de anticipación, haber investigado cuáles son las fuentes que nos arrojará información relevante para nuestro caso. En otras palabras: (1) si investigamos mal, (2) entonces no vamos a tener los materiales para poder identificar y seleccionar los medios de prueba más adecuados y pertinentes a nuestro caso, (3) generando una fuerte probabilidad que realicemos un mal desempeño en la audiencia del juicio oral.

buena labor de investigación y documentación del caso por cuenta del investigador, puede resultar definitiva para evitar la afectación o restricción al ejercicio del derecho a la libertad, o por lo menos para obtener la medida menos grave para tal afectación. Será entonces tema obligado a indagarse para este tipo de decisiones preliminares en cabeza del Juez de la Investigación Preparatoria: los antecedentes de todo tipo del imputado, su arraigo, su profesión u oficio, sus actividades económicas, su núcleo familiar, sus actividades con la comunidad, su capacidad económica, sus vínculos con entidades gubernamentales, sociales, eclesiásticas, etc. La defensa debe entonces orientar de manera inmediata su investigación hacia los temas pertinentes, en aras de controvertir los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios invocados por la Fiscalía para la medida cautelar, cuidándose de no revelar su estrategia de defensa, en tan temprana instancia del proceso penal.

- (c) Seguimiento. Desde la entrevista inicial, como se verá líneas adelante, el investigador de la defensa debe no solo identificar posibles evidencias, localizarlas embalarlas, valorar su idoneidad y aporte según la estrategia de defensa, etc. Resulta fundamental crear mecanismos que permitan la planificación y el seguimiento de toda la indagación.

JURISPRUDENCIA

“En virtud de la reforma al artículo 20 de la Constitución General de la República, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se le adicionó un penúltimo párrafo en el que, entre otras cosas, establece que la garantía prevista en la fracción VII, relativa al derecho que tiene el inculpado en todo proceso del orden penal de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, también será observada durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; esto es, con esa referencia el legislador hizo extensivas a los indiciados, sin distinguir si se encuentran o no detenidos, las garantías y derechos fundamentales que en el proceso tiene el inculpado”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO (MÉXICO).

Amparo en revisión 302/98. Martín Arzola Ortega. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretaria: Emilia Hortencia Algaba Jacquez.

Tesis

III.2º. A. 40 A

VII, Diciembre de 1998

Aislada

Suprema Corte de Justicia de la Nación y su Gaceta

9na. Época

Tribunal Colegiado de Circuito

8.2.1 ELEMENTOS PARA DISEÑAR UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA

En principio, la estrategia de defensa penal es la técnica de planificar, proyectar y dirigir las actuaciones de la defensa hacia un resultado concreto. El defensor deberá estudiar su caso, al principio será un análisis preliminar constituido por las diversas opciones que tiene el proceso, luego se planificarán actuaciones, se establecerán tareas de acuerdo con un cronograma, se analizarán los avances y se valorará cualquier cambio o requerimiento de investigación; así como el Fiscal diseña un programa metodológico, se espera que la defensa planifique, controle, supervise, evalúe, oriente y asesore jurídicamente la investigación en pro de la mejor estrategia de defensa. El propósito de la estrategia es mantener un control sobre el caso, dar seguimiento y evitar la improvisación, siempre con un objetivo específico: el mejor resultado posible para el imputado.

Por otro lado, un defensor que aspira un trabajo profesional y eficiente no puede dejar al azar o a la mera improvisación sus actuaciones, debe establecer una estrategia que le permita:

- Visualizar y desarrollar sus opciones, revaluando permanentemente, en aras de fortalecer su teoría del caso.
- Prever y reaccionar adecuadamente ante las estrategias de la contraparte, de manera que se minimice o anule cualquier peligro.

Diseñar una estrategia requiere interiorizar el proceso, mediante el estudio y análisis, la debida preparación y por supuesto, una comunicación clara con el imputado. A continuación, algunos aspectos a incluir en su guía de trabajo:

- (a) Conocer el hecho atribuido. El conocimiento de los hechos atribuidos es la base fundamental para el diseño de cualquier estrategia de defensa. Con la introducción de la oralidad en los sistemas procesales modernos el defensor será convocado para asumir la representación legal de personas que no conoce, en procesos totalmente ajenos para él y, en muchas ocasiones, los otros operadores del sistema (fiscales y jueces) podrán pretender que el defensor se incorpore de inmediato a la actuación requerida (audiencia de prisión preventiva, por ejemplo) y que, en el camino, se entere de los hechos, porque la prioridad de los primeros es realizar la audiencia.
- (b) Dominio técnico jurídico. En el caso del principio de oportunidad o cualquier otra medida alterna, así como, del proceso penal común, el defensor deberá conocer sus características y ventajas para el asunto bajo examen. Podría ser que frente a un caso existan diversas opciones, deberá entonces analizar cuáles son las más ventajosas para su patrocinado. Asimismo, el defensor debe conocer los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del delito atribuido al imputado, así como otros temas relacionados con el Derecho penal general y especial.
- (c) Conocer las evidencias existentes. El conocimiento de las evidencias es otra pieza medular al diseñar una estrategia de defensa. Ello implica tener acceso a esas

evidencias existentes, sean materiales, periciales o de cualquier naturaleza, es poder tener un acercamiento y analizar básicamente: (1) el elemento probatorio que aportan al proceso, su relevancia en la imputación; (2) revisar su legalidad y autenticidad; y (3) tomar decisiones respecto de posibles impugnaciones o la planificación de actos de investigación por parte de la defensa, ya sea, la solicitud de nuevas pericias, y adiciones o aclaraciones.

- (d) Dialogar con el imputado. El imputado tiene derecho a comunicarse libre, privadamente y por el tiempo necesario con su abogado defensor, no solo para analizar todos los aspectos antes mencionados, sino además, para discutir precisamente la estrategia de defensa, es decir, con el anterior panorama cuáles serán las actuaciones de la defensa a seguir.
- (e) Análisis de los hechos. El defensor deberá tomar primero los hechos al margen de la versión de su patrocinado, es decir, como aparecen en la denuncia; este ejercicio es de enorme relevancia, pues permite tener el punto de vista del fiscal y visualizar las opciones de la contraparte.
- (f) Elaborar una guía de trabajo. No es posible dejarlo todo a la memoria del defensor, así como se sugiere una guía para atender la entrevista es conveniente se utilice un formato para registrar la estrategia de defensa, con indicación de una serie de eventos que luego pueden olvidarse, confundirse o cuando se de alguna sustitución de defensor, incluso desconocerse.

JURISPRUDENCIA

“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente N° 1425-2008-HC/TC Lima, fundamento jurídico tercero.

8.2.2 LA ENTREVISTA INICIAL ENTRE EL DEFENSOR Y SU CLIENTE

Del apartado anterior, se desprende que el abogado defensor debe hacer lo posible para dialogar con su representado y conocer los hechos acusados antes de cualquier diligencia, de lo contrario estaría improvisando, dejando pasar fases procesales como un mero formalismo, sin ejercer la defensa técnica que a él corresponde.

En ese sentido, para efectuar la entrevista, el Defensor deberá tener presente:

- (a) Conocimiento de la imputación y la acusación. Resulta imposible iniciar una conversación con el imputado sin tener claridad respecto del hecho atribuido, así como los medios de convicción recolectados o en trámite; el defensor tiene

- derecho a solicitar la denuncia y a conocer cualquier evidencia (incluso de orden material) para revisarla (con los cuidados mínimos para no alterarla) y discutirla con su patrocinado. Facultad que se va desarrollando durante el proceso penal, según el escenario del mismo y la condición del defendido.
- (b) Condición de tiempo y lugar. Contar con suficiente tiempo, así como disposición para mantener un diálogo claro y privado donde tanto él como su representado, solventen todas sus dudas y definan actuaciones. El derecho a la privacidad de su comunicación es exigible, y está en manos de cada profesional hacerlo valer.
 - (c) Guía de entrevista. La independencia es un atributo esencial del ejercicio profesional de la abogacía; sin embargo, el contar con un formato, sería el más adecuado. Así tenemos el siguiente formato:

1. Datos preliminares:

- 1.1 Presentación del defensor. Indicar el nombre, lugar donde lo podrá localizar tanto él como sus parientes, el horario de atención; funciones del defensor, naturaleza del servicio, si está vinculado a la Defensoría de Oficio.
- 1.2 Deberes del abogado. Señalar que él será su abogado al margen de su responsabilidad o no en los hechos, que hará lo posible por ayudarlo sin garantizarle resultados, pues los mismos dependerán de una serie de factores. Que el defensor trabaja bajo el secreto profesional por lo que cualquier conversación entre ellos no será divulgada y sólo se utilizará para planear su defensa y para cumplir con la función de asesorarlo y representarlo en defensa de sus intereses.

2. Atención del caso:

- 2.1 Sinopsis del caso. Aludirá brevemente a la denuncia y a cualquier medio de convicción por el cual se inició el proceso, si se tiene a la mano, es conveniente leer textualmente el contenido de las piezas, indicar nombres, fechas, lugares, etc.
- 2.2 Derechos de imputado, especial referencia al de abstención: necesidad de relato al defensor. Inicia explicando la condición de indiciado, imputado o acusado que asume dentro del proceso, sus derechos. Uno de los derechos más importantes es el de abstención, en qué consiste y las implicaciones en caso de renuncia, luego enfatizar la necesidad de contar con su colaboración para ayudarlo, por lo que resulta esencial –si es su deseo– le manifieste lo ocurrido en torno a los hechos denunciados. El defensor le solicitará se refiera a su versión de los hechos (si tiene alguna), la escuchará con atención, anotando los datos de utilidad, actividad básica para concretar la estrategia del debate, además, desde el punto de vista del acusado causa muy buen

efecto, pues se ofrece un espacio donde la persona experimenta, que en realidad se le dio oportunidad de hablar. Resulta útil permitirle que se refiere a los hechos de manera espontánea (con intervenciones puntuales para evitar divagaciones), luego, el defensor podrá interrogar sobre lo manifestado por el procesado u otras dudas.

- 2.3 Sinopsis del proceso. De formas breve le indicará las fases del proceso, las atribuciones básicas de las partes intervinientes, la posibilidad de preacuerdos o manifestaciones del principio de oportunidad. Es de suma trascendencia dar algunas recomendaciones en cuanto a su comportamiento con otros intervinientes del proceso: policía, fiscales y víctimas.
- 2.4 Retoma de evidencia del proceso. El defensor repasará la denuncia y cualquier medio de convicción, así como los diligenciados por el fiscal o la policía. Tomará nota de todos los comentarios y observaciones que el sindicado pueda realizar en cuanto a ese material. Pero además: (a) observará cualquier detalle del imputado que pueda ser de relevancia de acuerdo con la denuncia y a una eventual versión del imputado, por ejemplo, prendas de vestir, características físicas o lesiones; con el propósito de solicitar que el despacho tome nota de las mismas o se diligencie una gestión en particular, obviamente, cuando se considere relevante dentro de la investigación de defensa; (b) elaborará un listado con los medios de convicción preliminarmente disponibles, ya sean sugeridos por el procesado o deducidos por el defensor, como documentos, evidencia material, testigos, inspección, pericias, etc. En suma, anotará toda referencia a una posible prueba de descargo, en qué consiste, dónde se localiza y qué podría acreditar.
- 2.5 Indagación sobre captura. Si la persona atendida está capturada es necesario que el defensor se informe sobre los detalles de la detención: hora, lugar, circunstancias (si existía orden o no), si se ejecutaron inspecciones o intervenciones corporales, reconocimientos, secuestros, allanamientos, si se le informaron sus derechos al momento de la detención o fue objeto de presiones para dar una declaración, si presenta algún tipo de lesión a causa de la captura o por hechos posteriores a la misma. Todos estos datos tienen el propósito de verificar la licitud de las actuaciones y si fuera preciso impugnarlas o recomendar otras medidas.
- 2.6 Valoración preliminar. El defensor explicará en palabras comprensibles al acusado, cuál es su valoración inicial y las primeras actuaciones por realizar. El procesado tiene derecho a conocer qué piensa hacer el defensor inicialmente en el proceso y por qué razón. Resolverá con el acusado si es conveniente o no rendir declaración. Siempre en tono preliminar, analizará y le explicará la viabilidad de acogerse al principio de oportunidad o cual otra situación que pueda significar una afectación o salida al proceso.

- 2.7 Medidas cautelares. Después del diálogo respecto de la conducta atribuida, se explicará en qué consisten las medidas cautelares, si se han decretado o se pueden decretar, cuáles son las consecuencias para el imputado, su duración u omisión, por parte del imputado. Una de las tareas preliminares más importantes es recoger información que se pueda aportar especialmente al Juez de Investigación Preparatoria para acreditar el arraigo del sindicado, ya sea por vínculos familiares (hijos, padres o pareja que dependen económicamente de él), estabilidad de domicilio, créditos, estudios, situación laboral, asiento de sus negocios o cualquier otra circunstancia para prepararse a combatir un juicio de probabilidad de fuga o de obstaculización. En este punto, el defensor deberá colaborar en lo posible, localizando a parientes, explicando la forma en que pueden coadyuvar, luego, haciendo las gestiones necesarias ante la autoridad competente.
- 2.8 Deberes del imputado. Para la entrevista inicial será prioritaria la explicación de actos que puedan traducirse en una privación de libertad. Así, nunca se podrá omitir los efectos de su incomparecencia a cualquier citación judicial o de un cambio de domicilio sin notificar o requerir autorización para ello (en el evento de un arresto domiciliario) a la autoridad judicial. Si se presenta una circunstancia excepcional por la cual se viera imposibilitado de comparecer al llamamiento judicial, habrá que advertirle la necesidad de comunicarse a la mayor brevedad con el defensor y –de ser factible– aportar un comprobante de la situación (ejemplo, sufrió un problema de salud importante: constancia del centro hospitalario donde fue atendido), a fin de acreditar la existencia de una causal suficiente y no causar perjuicio al procesado. Pero igualmente será subrayar la necesidad de comunicación con el abogado defensor, para la toma de decisiones y la búsqueda de las mejores opciones.
- 2.9 Retoma de compromisos. Al finalizar es importante recapitular en los compromisos contraídos por ambas partes, con indicación de fechas. Ejemplo, Imputado: localizará al testigo, deberá llevarlo para entrevistar con el defensor tal día y hora, por su parte el defensor solicitará determinada pericia, etc.
- (d) Actitud leal y comprometida. El defensor durante la entrevista –como en todo el proceso– debe ser leal y honesto con su patrocinado, no debe engañar, tampoco garantizar resultados. Es conveniente que inicie esta sesión advirtiéndole al procesado, que aunque no puede prometer resultados concretos (pues la conclusión del juicio depende de muchas variantes), si le garantiza, que como su abogado defensor hará lo posible para ayudarlo y lo asistirá con todos los medios disponibles pero legales para ello.
- (e) Otros requerimientos. Primero, indicar que es imprescindible que el defensor conozca los elementos típicos de la conducta punible imputada, sobre cual versará la entrevista con el imputado, siempre será conveniente que asista con el texto legal. Por otro lado, existencia circunstancias excepcionales sobre las cuales de-

berá tomar previsiones el defensor: si el imputado fuera una persona que se comunica en idioma diferente al castellano, deberá cerciorarse de contar para la diligencia con un traductor o intérprete que le asista y permita su comunicación con el procesado, si éste se encuentra bajo el efecto de drogas, alcohol o en un estado mental que imposibilita un diálogo o una comprensión mínima por su parte, se sugiere no realizar la entrevista y solicitar de inmediato el traslado al médico forense respectivo, para que dictamine y deje constancia del estado físico y mental del imputado, pues esa condición puede constituir un elemento básico, por ejemplo, para alegar en torno a la inimputabilidad, o un estado de emoción violenta, que si no se asegura, puede convertirse en una dificultad de peso dentro de una estrategia de defensa.

8.2.3 SOBRE LA RECOMENDACIÓN QUE EL INVESTIGADO DECLARE O SE ABSTENGA

El derecho a la no incriminación forma parte del derecho de defensa, y se activa desde las diligencias de investigaciones iniciales o preliminares. Esto significa que, a partir de ese momento, deviene obligatorio por las autoridades hacer las advertencias de los derechos del investigado, entre ellos el que se comenta a guardar silencio y de las implicaciones probatorias de cualquier manifestación incriminatoria durante el juicio, pero además que de renunciar al derecho sobreviene la garantía de la asistencia legal, vale decir el derecho a declarar en presencia de un abogado. Es importante, entonces, indagar al defendido en caso de que haya renunciado a este derecho, para establecer si tal renuncia cumple con las condiciones de validez, es decir, que haya sido inteligente, voluntaria y libre, condiciones que debe acreditar el Fiscal quien tiene la carga de la prueba sobre tales requisitos de validez.

Por otro lado, se establecen las siguientes reglas que determinan la recomendación de declarar o abstenerse de hacerlo:

- (a) Nunca sitúe a su patrocinado en el lugar de los hechos si no hay prueba que lo incrimine. Si por ejemplo, el defensor dialoga con su patrocinado y éste le describe una escena de legítima defensa, por más convencido que se encuentre el defensor de esta versión, si no aparecen los testigos situando al procesado en el lugar, no hay por qué exponerlo a una confesión que puede ser reconocida como verosímil sólo en parte (la comprobación de que quien causó la muerte fue el imputado).
- (b) Si considere más ventajosa para la defensa la posibilidad de declarar, valore: (1) la oportunidad; un proceso judicial toma su tiempo y una manifestación típica del derecho de defensa es brindar la oportunidad de declarar al imputado en cualquier fase del mismo, por esa razón el defensor deberá valorar muy bien el momento para hacerlo, incluso considerando cualquier ventaja que la ley otorgue como sucede con las reducciones de pena en etapas tempranas del proceso;

(2) la necesidad; el defensor debe interiorizar el proceso y determinar qué tan imprescindible resulta para el éxito del litigio la declaración del imputado, considerar que nadie lo puede obligar a declarar, que está protegido por la presunción de inocencia y que la carga de la prueba le corresponde al Fiscal; (3) si la versión del acusado resulta plausible; un relato ilógico o exagerado tiene efectos tan devastadores como una actitud irónica o prepotente, por esta razón el defensor deberá escuchar al imputado antes de ponerlo a declarar, para hacer cualquier recomendación en torno al contenido, así como, a los aspectos de forma; (4) las aptitudes y opinión del imputado.

8.2.4 LA PREPARACIÓN AL DEFENDIDO QUE VA A BRINDAR SU ENTREVISTA O DECLARACIÓN

Cuando la mejor o única alternativa es que el imputado brinde una entrevista o declare, el defensor debe tomar algunas previsiones; no es posible limitarse a manifestar que el consejo profesional es que declare y pasivamente esperar que los hechos se desarrollen. La decisión de declarar o brindar una entrevista implica adoptar varias medidas:

- (a) Precise el momento de la entrevista o declaración. Durante el proceso pueden darse diversos momentos en los cuales el imputado puede ser entrevistado, declarar o se le pregunta directamente si desea hacerlo, el defensor deberá indicar claramente cuando va a dar la entrevista o declarar si esa fue la decisión y cuando deberá manifestar su deseo de abstenerse. Recuerde que hasta el último momento de presentación de la prueba en juicio, existe la posibilidad de llamar a declarar al defendido. En muchos casos ésta parece la mejor estrategia.
- (b) Describa la diligencia: lugar e intervinientes. Describir el lugar donde rendirá la entrevista o la declaración y detallar las atribuciones de las personas que legalmente pueden intervenir durante el acto (en especial, el papel de su defensor), proporciona al imputado una mayor seguridad, no está sujeto al azar, sabe dónde estará ubicado, cómo se desarrolla la diligencia, con la probabilidad de mejores resultados en una entrevista o declaración no expuesta a la ansiedad y nerviosismo de quien ignora a lo que se expone.
- (c) Recomendaciones previas. Dé algunas orientaciones generales: que esté tranquilo, que se tome el tiempo necesario, que sea concreto, que se realice su relato cronológicamente, si es posible y conviene para la defensa, precise fechas, nombres, lugares, etc.
- (d) Fije el contenido de la declaración. El defensor debe analizar qué tanto necesita referirse a los hechos y eventuales medios de convicción, eso deberá informarlo con claridad al imputado para evitar cualquier perjuicio.

- (e) Previamente, escuche el relato del imputado y realice las precisiones necesarias. Solicite al procesado que declare como si estuviera en el despacho judicial, le hará preguntas previendo las que pudiera realizar las otras partes. Le corregirá y explicará cualquier enmienda en su declaración, para que interiorice la razón de sus observaciones. Escuchar al imputado tantas veces como sea necesario, para garantizar que su declaración no le afectará.
- (f) Interrelacione la declaración. Si hay evidencia documental, material, pericial o incluso declaraciones que se opongan o se relacionen con el relato del imputado, resulta indispensable prepararse para atenderlas. Algunos ejemplos: si la declaración del sindicado es opuesta a la del ofendido, deberán proyectarse cuáles preguntas posiblemente se van a efectuar y lo más importante, sus respuestas, de acuerdo a la estrategia diseñada. Otro supuesto podría ser, el manejo de evidencias materiales o documentales, que con seguridad le serán mostradas al sindicado, ya sea para referirse espontáneamente a ellas o dar respuestas a cuestionamientos.
- (g) Explique las prevenciones que se harán antes de su entrevista o declaración. Una de las obligaciones de cualquier autoridad es informar sobre su derecho de abstención, su derecho de declarar o permanecer en silencio. La formalidad que antecede a la entrevista o declaración del sindicado deberá serle explicada por el defensor, con el fin que comprenda lo que se le indica, pues por lo general, se utilizan términos muy técnicos no siempre comprensibles para el procesado.
- (h) Explique cómo ejercer el derecho de abstención, aún cuando se vaya a declarar. Si se le imputa varios hechos, deberá quedar muy claro que el imputado tiene la opción de declarar con respecto a unos hechos y en cuanto a otros, podrá abstenerse (si son varios hechos delictuales, los imputados, frente a cada uno de ellos tienen el derecho de no auto-incriminación); e incluso, respecto de los acontecimientos en los cuales decidió dar su relato, podrá acogerse a su derecho de abstención en cualquier momento.
- (i) Otras recomendaciones. La práctica irá instruyendo al defensor sobre varios de los consejos que se le pueden dar al imputado en el momento de su declaración, lo cual dependerá del caso y sujetos participantes del proceso. Veamos algunos de ellos: (1) señalarle que cuando declare es importante que vea al funcionario (Juez o Fiscal) que está tomando su declaración, no da buena impresión que durante la diligencia y sobre todo cuando es interrogado, vuelva su vista al defensor; esa actitud resta espontaneidad y credibilidad a su dicho; (2) enfatizarle que cuando no entienda una pregunta, lo diga, pidiendo se le aclare; (3) subrayarle que cuando se le interroge se limite a contestar lo que se le pregunta, si no sabe o no recuerda, que no invente; (4) aconsejarle si es preciso, respecto a su vestimenta.

8.3 LA RECOLECCIÓN DE LAS EVIDENCIAS PARA EL CASO

Con el escenario descrito en el apartado anterior, no cabe duda de la importancia de la etapa de investigación preparatoria tanto para el Ministerio Público, y por extensión a la víctima, así como, para la defensa.

En esa inteligencia, esta importancia se expresa en que la etapa de investigación es el momento procesal que tienen las partes para ir recabando la evidencia pertinente e idónea para su teoría del caso.

A continuación, comentaremos algunas diligencias de investigación a practicar:

1. Entrevistas. 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. En ese sentido, es la conversación, sobre la base de preguntas y respuestas, que realiza la policía, el agente del Ministerio Público y el abogado defensor al indiciado, víctima, ofendido, testigos –de identidad o presenciales– así como a los peritos.
2. Exámenes corporales o pruebas de carácter científico. Si fuere necesario para constatar circunstancias decisivas para la investigación, podrán efectuarse en la persona del imputado, del afectado por el hecho punible u otras personas, exámenes corporales o pruebas de carácter científico, siempre que no produzca menoscabo para su salud o dignidad.⁴⁶⁵
3. Inspecciones. Esta diligencia de investigación puede darse en el lugar de los hechos, en la persona y en objetos.
4. Aseguramiento. Implica el resguardo de aquellos bienes relacionados con el hecho delictuoso y que servirán como medios de prueba; con excepción, a los registros de las comunicaciones entre el imputado con las personas que puedan o deban abstenerse de declarar, o en virtud de su obligación de guardar secreto profesional.
5. Peritaje. En ese sentido, el dictamen pericial estará debidamente sustentado y contendrá: la descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare; la relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado; las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio; las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado.

465 Se debe recordar que, tratándose de actos invasivos como extracciones de sangre u otros similares, se requiere de la autorización de la persona; y en caso de negativa, se registrará de manera fehaciente la misma, no generándose ningún tipo de presunción en contra de aquel que negó su consentimiento.

6. Incautación.
7. Levantamiento e identificación de cadáveres.
8. Exhumación.
9. Reconstrucción de hechos.
10. Reconocimiento de persona, a través del procedimiento de rueda de personas, o bien mediante fotografía o video. Asimismo, se puede efectuar el reconocimiento de objetos, voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial.
11. Diligencias especiales en casos de delincuencia organizada.

Ahora bien, si el abogado ha construido su caso, desde el primer momento en que ha tomado conocimiento de la noticia criminal, entonces contará con un plan de trabajo u hoja de ruta que le permitirá solicitar, participar o realizar aquellas diligencias de investigación que les aportarán las evidencias necesarias para el fortalecimiento del caso-traducido en la potencialidad de verificar la validez de los enunciados fácticos elaborados cuando se construyó el caso.

En esa inteligencia, el abogado deberá aprovechar todo el momento en que la etapa de investigación preparatoria esté abierta, a fin de obtener la evidencia que torne válido el caso construido. En ese sentido, no puede permitir ningún tiempo muerto durante el desarrollo de la citada etapa procesal, salvo que, con anticipación a su cierre, esté convencido que ha acumulado aquellas evidencias pertinentes, idóneas y en su conjunto suficientes, que validen su hipótesis de trabajo.

Ahora bien, el lector podrá identificar que en la etapa de investigación preparatoria se da los dos primeros momentos de la teoría del caso. Así:

1. Construcción del caso. La elaboración de la hipótesis inicial de trabajo se da desde el primer momento en que se tiene conocimiento de la noticia criminal.
2. Recolección de las evidencias que sustentarán el caso. La obtención del material probatorio se da durante la etapa de investigación preparatoria, ya sea en cualquiera de sus dos momentos; antes y después de la formulación de la imputación.

RECUERDA

En la etapa de investigación preparatoria, opera los dos primeros momentos de la teoría del caso. En primer lugar, el momento de construcción del caso, el cual se da, desde el primer momento en que se ha tomado conocimiento de la noticia criminal. En segundo lugar, la recolección de las evidencias que sustenten el caso, tanto en las diligencias de investigación que se realicen antes de la formulación de la imputación como después de formulada la misma, claro está antes que se decrete el cierre de la etapa de investigación preparatoria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.A.V.V. Psicología médico-forense. La investigación del delito, Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003.
- A.A.V.V. *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Editorial Pons, Madrid, 2006.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor México, 2010.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La entrevista, interrogatorio y declaración en el proceso penal acusatorio*, Flores editor, México. 2010.
- CUADRADO SALINAS, Carmen. *Investigación en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.
- FUENTES SORIANO, Olga. *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARCIA VITORIA, Aurora. *Actividad pericial y proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2003.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luís. *El proceso penal español. Para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Jesús. *Investigación criminal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- IGLESIAS CANLE, Inés Celia. *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Editorial Colex, Madrid, 2003.
- MARTIN MARTIN, José Antonio. *La instrucción penal*, Editorial Pons, Madrid, 2004.
- MOLINA MANSILLA, María del Carmen. *Mecanismos de investigación policial. Entrada vigilada y agente encubierto*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- OTIN DEL CASTILLO, José María. *Psicología criminal. Técnicas de investigación e interpretación policial*, 2da. Edición, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- PÉREZ, Francisco Alonso. *Medios de investigación en el proceso penal*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- PINTO, Ricardo. *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Editorial La Roca, Buenos Aires, 2009.
- RAMIREZ SAAVEDRA, Beatriz. *22 aspectos básicos de la investigación del delito*, Editorial UBIJUS, México, 2010.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

CAPÍTULO IX

TERCER PASO: DEPURANDO EL CASO

9.1 LA ETAPA INTERMEDIA

En principio, cuando el Ministerio Público estima que la investigación ha proporcionado fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación ante el órgano jurisdiccional respectivo; acusación que deberá contener, entre otros, los requisitos siguientes: una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan, el ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad –obviamente en el contexto de los requisitos subjetivos y objetivos de validez de la acusación a que haremos referencia en el presente capítulo– y la solicitud de pena y de reparación de los daños.

Los señalados requisitos son los que le van a permitir al Juez controlar la apertura del juicio oral contenida en la acusación; esto es, determinar si concurren o no los presupuestos para la celebración del juicio oral y público, toda vez que de ésta emergen fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado. Este control es fundamental porque se relaciona con la validez de la acusación, la cual podría verse comprometida tanto por vicios de su estructura –ejemplo: falta de descripción circunstanciada del hecho atribuido– como por la inexistencia o ilegalidad de los medios de prueba ofrecidos por el órgano acusador.

El aludido control, se justifica como un modo de evitar que los defectos propios del acto acusatorio o sus presupuestos, afecten el derecho de defensa del imputado. De esta forma, de los resultados del control se podrá obtener:

- (a) La admisión total o parcial de la acusación del Ministerio Público, ordenándose la apertura a juicio; así como también se decidirá sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de los medios de prueba ofrecidos para el juicio oral.

(b) La desestimación total de la acusación, esto es, o no admitirla; bien porque del examen de los requisitos en los cuales se fundamentó el Ministerio Público para presentar la acusación, no proporcionan basamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, o porque los hechos no revisten carácter penal o están evidentemente prescritos. En este caso, entonces, dicta el sobreseimiento de la causa.

Ahora bien, para el ejercicio del control jurisdiccional de la acusación se requiere, previamente, que los sujetos procesales tengan conocimiento del contenido del objeto en que recaerá el referido control –esto es la acusación–, con la finalidad de examinarlo y expresarle al órgano jurisdiccional toda observación o inquietud que les haya podido suscitar del escrito del acusación.

Asimismo, si el Juez, ya sea por iniciativa de alguna de las partes o bien de oficio, ha detectado algún vicio o defecto en la acusación fiscal, debe también dar a conocimiento a los demás sujetos procesales, a fin que emitan su correspondiente pronunciamiento –por ejemplo, en el caso del Ministerio Público, para rechazar las observaciones o subsanar aquellos defectos que son corregibles; o bien, en el caso de la defensa, mantener o retirar toda postura de observación a la estructura y contenido de la acusación fiscal–. Es esta dinámica lo que el Acuerdo señala como el respeto al *principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional*.

En ese orden de ideas, se requiere de un momento procesal –diferente a las etapas de investigación y juzgamiento– que posibilite toda la dinámica de control jurisdiccional de la acusación fiscal, así como, la realización de actos procesales –usualmente dialécticos– de las partes. En ese sentido, este momento estaría dado por la denominada etapa intermedia. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha señalado lo siguiente: *“Recuérdese que el nuevo Código, a diferencia del antiguo, presupone una fase intermedia en la que rigen a plenitud los principios de contradicción y oralidad, a partir de la cual se insta la intervención de las demás partes, éstas pueden formular sus pretensiones, existe una audiencia preliminar, y el Juez de la Investigación Preparatoria, si fuese el caso, expide el auto de enjuiciamiento pronunciándose por el conjunto de solicitudes de las partes, entre ellas de ofrecimiento de pruebas formuladas ofrecidas por todas las partes; modelo de procedimiento, que desde luego, no es el que recoge el antiguo Código, que presupone pautas escritas, sin audiencia preliminar, y restringidamente contradictorias...”*⁴⁷⁶

Frente a ello, existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia. Por un lado, está aquella posición que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y la audiencia, siendo actos meramente administrativos.⁴⁷⁷ Por otro lado, está aquella posición que le da una naturaleza crítica, porque la tarea a

476 ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116, fundamento quinto.

477 GARCIA RADA, Domingo. “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”, 5ta. Edición, EDDILI, Lima, 1976, p. 196.

desempeñar durante él es de naturaleza eminentemente crítica, en oposición a la investigativa donde predomina la labor práctica.⁴⁷⁸

Tomando posición por la segunda corriente, Ortells Ramos precisa que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa –y en su caso completarla– y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación.⁴⁷⁹ Para Julio Maier, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar.⁴⁸⁰

Al respecto, y siendo partidario por la segunda corriente, consideramos que la etapa intermedia funge como una fase de saneamiento, tendiente a eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, así como, del juicio oral. Esta función de filtro gira en torno: a) en los requerimientos tanto de acusación como de sobreseimiento, emitidos por el Fiscal; y, b) la prueba presentada por las partes.⁴⁸¹

En esa inteligencia, la etapa intermedia se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. Así, el órgano jurisdiccional es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional.

Asimismo, las características de la etapa intermedia son:

- Es judicial. La etapa intermedia está bajo la dirección del Juez de Control – también conocido en otras legislaciones como Juez de Garantía o Juez de la Investigación Preparatoria.
- Observancia de los plazos procesales. Para cada acto procesal realizable en la etapa intermedia se deberá observar los plazos procesales señalados en la ley.

478 CLARIA OLMEDO, Jorge. “TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL”, Tomo VI, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1987, p. 108.

479 ORTELLS RAMOS, Manuel. “EL PROCESO PENAL ABREVIADO”, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 120.

480 MAIER, Julio. “LA ORDENANZA PROCESAL ALEMANA. SU COMENTARIO Y COMPARACIÓN CON LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL ARGENTINO”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 108.

481 Al respecto, consúltese la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano: “*El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así, el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria*”. Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, Expediente: 2003-07651-15-RAC, fundamento jurídico N° III.

- Finalidad de crítica y saneamiento. Como se indicó la etapa intermedia busca la eliminación de todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, así como, del juicio oral. Esta función de filtro gira en torno: a) en los requerimientos tanto de acusación como de sobreseimiento, emitidos por el Fiscal; y, b) la prueba presentada por las partes.

Por otro lado, el procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: escrita y oral. Las distintas posibilidades que tiene el Juez frente a la acusación fiscal pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes, nunca antes (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

Similar lógica la detectamos cuando la autoridad ministerial formula al órgano jurisdiccional un requerimiento de sobreseimiento, donde se les notifica a los sujetos procesales, para luego convocarlos a una audiencia, escuchar a las partes y decidir en torno a lo solicitado.

Así, la fase escrita del procedimiento de la etapa intermedia, está compuesta por los siguientes actos procesales:

1. Pronunciamiento del Ministerio Público
2. Notificación a los demás sujetos procesales, dándoles a conocer el contenido del pronunciamiento de la autoridad ministerial, a fin que emitan pronunciamiento conforme a ley, así como, convocarlos a que asistan a una audiencia, fijándose lugar, fecha y hora.
3. Planteamientos de los demás sujetos procesales, que pueden ser, constitución de acusador coadyuvante, ofrecimiento de medios de prueba, formulación de observaciones en torno a la acusación fiscal o el planteamiento de alguna excepción.

Igualmente, la fase oral está compuesta por la denominada audiencia intermedia, preliminar o preparatoria del juicio oral, donde se discuten y se resuelven lo planteado por los sujetos procesales, esto es, tanto el requerimiento fiscal –de acusación o sobreseimiento– así como, las observaciones o solicitudes planteados por las demás partes después de habersele notificado el requerimiento de la autoridad ministerial –sin perjuicio que el juez, de oficio, plantea algún tipo de observación en torno al pronunciamiento fiscal.

9.2 DEPURANDO EL CASO: EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La importancia de la etapa intermedia para con la teoría del caso gira en torno el de constituir un momento procesal donde el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de parte, revisa, tanto en lo formal como en lo sustancial, los pronunciamientos del Ministerio Público, así como, los de los demás sujetos procesales.

Pero esta revisión se justifica, en el sentido de establecer la ausencia de causales de sobreseimiento que tornen innecesario pasar el proceso penal a la fase de juicio oral.

Y para tal comprobación, el órgano jurisdiccional examinará el cumplimiento de los requisitos legales que permitan inferir la presencia de un caso probable de delito. Es decir, no emitirá un juicio de valor en torno a la inocencia o culpabilidad del imputado –ello se reserva para la audiencia del juicio oral– sino en la legalidad de las pretensiones expuestas por las partes que justifiquen el ingresar a la etapa de juzgamiento.

En ese sentido, el caso de cada una de las partes, pasa por una de las más importantes pruebas o test de legalidad; el cual consiste en analizar si las hipótesis de trabajo planteados tanto por el Ministerio Público como por la defensa, han cumplido con las formalidades de ley y están ausentes causas de sobreseimiento, que impidan la continuación del proceso punitivo.

En esa inteligencia, las partes encuentran en la etapa intermedia, el momento procesal oportuno para la revisión de su teoría del caso por parte del juzgador; y de esta manera formular las correcciones o subsanaciones pertinentes, a fin de dejar expedito la causa para su juzgamiento.

RECUERDA

La depuración del caso consiste en la revisión, que realiza el órgano jurisdiccional durante la etapa intermedia, de que se hayan cumplido las formalidades o requisitos legales a la hora de construir y presentar sus hipótesis de trabajo –es decir, la presencia de enunciados fácticos con relevancia jurídico-penal y el ofrecimiento del material probatorio respectivo– así como la ausencia de causales de sobreseimiento que impidan la continuación del proceso penal hacia la etapa de juicio oral.

Por tal razón, la depuración del caso pasa por un doble control; el primero, denominado formal, que gira en torno en establecer si las partes han observado las formalidades legales cuando presentan sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional; y el segundo, denominado control material, el cual consiste en la ausencia de causales de sobreseimiento.

En ese sentido, para confirmar nuestra afirmación, trabajaremos con el más importante pronunciamiento que el Ministerio Público puede realizar, esto es, la acusación.

9.2.1 CONCEPTO DE ACUSACIÓN FISCAL

La acusación fiscal es un acto de postulación, donde se fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido.

Al respecto, debemos de enfatizar que la pretensión procesal es el objeto del proceso; pero esa afirmación general es matizada para el proceso penal, ya que subyace a la pretensión un interés público del que no es titular el pretensor, y del cual no puede disponer. Por tal motivo podemos afirmar que la pretensión procesal penal no constituye un referente delimitador del objeto del proceso penal, habida cuenta justamente de que la relación jurídico material no se da entre el acusador (público o privado) y el acusado, sino entre el Estado-juez y el acusado, siendo el juzgador el depositario del *ius puniendi*.

Por eso, Montero Aroca afirma que el objeto del proceso sólo se halla definido por el hecho punible que se introduce por la parte acusadora cuando sostiene la acusación, es decir, el objeto del proceso se halla conformado por el fundamento de la pretensión procesal.⁴⁸²

En nuestra opinión, esta doctrina es la que más se acerca a lo que en realidad acontece en el proceso penal, pues aún cuando establece el carácter abstracto de la acción, no desconoce la existencia (necesidad) y utilidad de la pretensión. Todo lo dicho antes en orden a restarle a la pretensión procesal el carácter de objeto del proceso, no quita que haya de ser útil y necesaria la aceptación de la existencia de la misma, definida como la petición concreta, con base en unos hechos, de una consecuencia jurídica (pretensión, *petitum*).

A nuestro parecer, la afirmación de la existencia de la pretensión procesal penal es necesaria y útil. Necesaria, porque viene a reconocer lo que en la ley se establece sin titubeos: en el proceso se debe deducir una petición completa que contemple el hecho subsumido con una petición concreta de pena y de reparación de los daños y perjuicios surgidos por la comisión de un ilícito penal, y no una pura relación del hecho punible. Es útil, porque la pretensión procesal (y la contra pretensión) pone de relieve con total transparencia la amplitud que tiene el objeto de la contienda o del debate conformado por todo su contenido, marcando la amplitud que ha de tener la garantía constitucional del derecho a ser informado de la acusación (de la pretensión) y del derecho de defensa. En efecto, que sólo el hecho punible de la acusación (el fundamento de la pretensión) constituya el objeto del proceso, no quiere decir que la calificación jurídica y el *petitum* se conviertan en elementos absolutamente irrelevantes. Al contrario, si se afirma la existencia de la pretensión procesal es justamente para poner de relieve que ella sirve al proceso al darle un contenido preciso al objeto que está más allá del objeto del proceso, y que es aquél que marca la amplitud con la cual se ha de producir el debate contradictorio en el proceso, razón por la cual sostenemos que la pretensión procesal conforma el denominado objeto del debate.

482 MONTERO AROCA, Juan. Et. Al. "DERECHO JURISDICCIONAL", 10ma. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 24. Aunque nos apartamos de la concepción de Montero, solamente, en el extremo que reduce la pretensión planteada en el proceso penal como un pedido de pena.

Por tales razones, y siguiendo a Gómez Colomer, la acusación es el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal; consiste en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido –dejándose a salvo las contrapretensiones que pueda deducir el imputado.

Por otro lado, la acusación del Ministerio Público es expresión del principio acusatorio. En efecto, en un sistema inquisitivo de imposición de penas, el Estado a través del inquisidor, órgano público único, asume el rol de acusador y «juez», siendo por definición un sistema que no pretende asegurar ninguna imparcialidad (en la «terciedad» radica la heterotutela); y por eso mismo se le cataloga como un sistema administrativo de imposición de penas más que de proceso, en la medida que técnicamente en él no hay partes como sujetos procesales con derechos, oportunidades y cargas, ni existe en puridad un juez, sino más bien un funcionario administrativo con ciertos poderes para investigar y resolver una cuestión penal conforme a la ley.⁴⁸³

Al respecto, las reformas liberales a la justicia penal realizadas durante el siglo XIX en Europa continental persiguieron, entre otras modificaciones importantes, consagrar un proceso penal ante un juez imparcial. En ese afán surge el principio acusatorio como la herramienta apropiada para conseguirlo, en cuanto su aplicación vino a consagrar la separación de la función acusadora de la de enjuiciamiento. Desde aquella época se le ha atribuido al principio acusatorio la finalidad esencial de asegurar la imparcialidad del órgano decisor mediante la obtención de la estructura tripartita semejante a la del proceso civil. Es decir, de un proceso que se ventila entre dos partes contrapuestas frente a un tercero imparcial, puesto en una situación de «terciedad» (heterotutela), cuya función es decidir el litigio conforme a Derecho. De esa manera se consigue que el proceso se configure como un *actus trium personarum*.⁴⁸⁴

En ese orden de ideas, el principio acusatorio impone la necesidad de que un órgano ajeno al juez introduzca aquello que va a ser objeto de la decisión, esto es, el objeto del proceso penal, para que el juez en una posición de «terciedad» decida. Para ello se introdujo una parte artificial distinta del juez que vino a representar el interés estatal o social en la aplicación del Derecho penal, instando su aplicación a los tribunales de justicia (es el desdoblamiento del Estado en el proceso penal, que actúa, por una parte, como requirente y, por otra, como decisor). De manera tal que fue menester entregar la función de acusación pública al Ministerio Público, sin perjuicio del reconocimiento del derecho de acción y acusación del acusador popular y particular –por ejemplo, en

483 DEL RIO FERRETTI, Carlos. “LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN Y LA DEFENSA. ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL CON EL CHILENO”, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2006, pp. 72-73.

484 Idem, p. 73.

el caso peruano, el querellante en el proceso penal especial de ejercicio privado de la acción penal—. Así, se consiguió que no fuera el propio juez el que introdujera al proceso el objeto de su juzgamiento, porque era esto justamente lo que comprometía radicalmente la garantía de imparcialidad del juzgador. El objeto del proceso se debía introducir al proceso por una parte (*actus trium personarum*).

Finalmente, las características de la acusación fiscal son:⁴⁸⁵

- (a) Delimita el objeto del juzgamiento, en cuanto precisa el delito y la persona de su autor, por lo que el juicio oral debe desarrollarse dentro de dichos límites.
- (b) Determina los límites de la sentencia, en cuanto el órgano jurisdiccional no podrá condenar a quien no fue objeto de acusación ni al que lo fuera por delito diferente.
- (c) Determina el camino que ha de seguir la defensa. Naturalmente, conociéndose los términos de la acusación y los elementos probatorios que la sustentan permitirá una mayor estrategia de la defensa. Esta debe centrarse sólo en lo que es materia de acusación.

9.2.2 REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ACUSACIÓN FISCAL

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

En ese sentido, podemos identificar un grupo de requisitos materiales de la acusación fiscal, denominados subjetivos, y un segundo grupo denominados objetivos.

Así, los requisitos subjetivos giran en torno a la identificación y legitimidad tanto del acusador como del acusado. En lo que respecta al órgano acusador, el mismo debe estar representado, en los delitos cuya persecución se da a través del ejercicio público de la acción penal, por el Ministerio Público; ello, en virtud a su función requirente.

485 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Idemsa, Lima, 2004, pp. 552-554.

En ese sentido, el principio acusatorio exige la separación de las funciones requeridas y decisorias que ante confluían en el juez inquisidor y su atribución a dos órganos estatales diferentes: el Ministerio Público y el Juez o Tribunal. Precisamente para garantizar una mayor imparcialidad en la decisión, la función de la acusación le corresponde al fiscal –siempre en el contexto del ejercicio público de la acción penal–, resultando inadmisibles que el Juez o tribunal tenga la posibilidad de aplicar sanciones penales, sin que exista una acusación que concrete una pretensión punitiva.

Actualmente puede afirmarse que el principio acusatorio rige en un determinado proceso penal, cuando las fases de investigación y de juicio oral se encomiendan a órganos distintos, prohibiéndose al órgano decisor realizar funciones de la parte acusadora y al órgano requirente funciones de contenido jurisdiccional.

Es importante destacar que la función requirente del Ministerio Público es una función judicial, porque se desarrolla dentro del marco de la administración de justicia, pero no debe confundirse con la función jurisdiccional que constituye atribución exclusiva de los jueces. Ambas funciones requirente y jurisdiccional son funciones judiciales por naturaleza, pero de especies distintas.

Por otro lado, y continuando con los requisitos de validez subjetivos de la acusación fiscal, tenemos la identificación del acusado. En esa inteligencia, nos encontramos ante la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria.

En ese orden de ideas, en el escrito de acusación fiscal deberá observarse la individualización del acusado y de su defensor, es decir, y con relación al imputado, su nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, lugar de nacimiento, nacionalidad, domicilio, entre otros datos que se estime conveniente; asimismo, y con referencia al abogado defensor, los respectivos datos de identificación. Estos datos personales son necesarios para conocer de la personalidad del acusado para efecto de la petición de pena y reparación civil.

Por el otro lado, tenemos la gama de requisitos de validez objetivos de la acusación fiscal.

En ese orden de ideas, desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Así, los requisitos de validez objetivos de la acusación fiscal son:

1. Fundamentación fáctica. Es necesario como condición *sine qua non* que exista una acusación que fije el hecho, y con ello, *el objeto del proceso*. Al respecto, Sancinetti opina lo siguiente: “...la descripción habida en la acusación tiene que permitirle al acusado identificar por qué razón, en el acontecimiento histórico identificado por el acusador, se dan elementos fácticos como para considerar

*reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso. Es decir, que la Defensa tiene que poder controlar el procedimiento de subsunción”.*⁴⁸⁶

Ahora bien, acerca de este punto se han planteado en la dogmática procesal penal dos teorías que pretenden dar una respuesta unitaria y coherente al tema de la identificación del hecho desde un punto de vista procesal. Nos referimos a la teoría naturalista y a la teoría normativa.

En ese sentido, y de acuerdo con la teoría naturalista, el proceso penal necesita de un concepto del hecho naturalista para distinguir el «hecho por el que se procede» del «hecho punible» en el sentido de la ley penal: el hecho procesal está constituido por un acaecimiento o «trozo de vida»⁴⁸⁷ y no por un concreto tipo penal. La concepción naturalística considera que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural. Para ello se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.

Como primer criterio se utilizó la determinación espacio-temporal, así el hecho procesalmente relevante sería un simple acaecer histórico dentro de sus límites espacio-temporales. Es decir, para individualizar el hecho había que atender a criterios de determinación espacial y temporal del acaecimiento histórico, en consecuencia, a efectos de identificación del hecho había que preguntarse: ¿qué cosa, dónde y cuándo? El resultado de las respuestas a estas tres cuestiones era el objeto del proceso.

Sin embargo, en ciertos casos la pura referencia a criterios espaciales y temporales del hecho histórico se manifiestan ambiguos o imprecisos para la resolución de hipótesis cuya unidad no se delimita por estos criterios, así, por ejemplo, cuando el hecho no se contrae a un lapso determinado de tiempo, como sucede en el caso de lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima, o cuando el hecho histórico natural no puede servir de referente, como es el caso de distintas formas de participación, como son la autoría y la complicidad, las que desde un punto de vista natural son hechos distintos, pero que desde una perspectiva procesal (para la teoría normativa) constituirían un mismo hecho.⁴⁸⁸

Posteriormente fue propuesto un segundo criterio dentro de la teoría naturalista que consistió en la referencia a la voluntad del autor. Es decir, el elemento que

486 SANCINETTI, Marcelo. “LA NULIDAD DE LA ACUSACIÓN POR INDETERMINACIÓN Y EL CONCEPTO DE INSTIGACIÓN”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 62.

487 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. “COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL”, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1951, p. 286.

488 DEL RIO FERRETIT, Carlos. Ob. Cit., p. 157.

permitiría discernir la unidad natural del hecho es la constatación de que el agente (sujeto pasivo del proceso) persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material. La identidad del hecho, por lo tanto, depende en esta teoría de la invariabilidad del elemento volitivo.

Se ha criticado la referencia a la voluntad del autor en la medida que un criterio puramente volitivo de la acción con las miras puestas en un fin específico, nos puede llevar a establecer objetos procesales cada vez que concurra una voluntad específica dirigida a un fin, dando lugar a varios objetos procesales independientes, cuando en realidad entre ellos exista evidente conexión y unidad. Esta crítica señala que de utilizarse el criterio de la voluntad, cada fin específico dentro de una unidad fáctica podría generar un objeto procesal independiente, lo que por supuesto parece del todo inconveniente.⁴⁸⁹

Por otro lado, tenemos la concepción normativa del hecho, la cual pretende contestar a la cuestión de la identidad del hecho desde una lectura jurídico-penal del mismo, puesto que, como hemos visto, consideran incorrecta la pura utilización de los criterios naturales, estimando necesario adoptar una visión de Derecho penal sustantivo con el objeto de poder disponer de un criterio que les permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos, y sobre todo en aquellos en que los criterios naturales se mostraron inútiles.

Esta teoría busca en el concepto jurídico-sustantivo de hecho (hecho penal) uno o más elementos que sirvan a efectos de la determinación procesal del mismo, intentando hacer una valoración jurídico penal, pero sin confundir el hecho procesal con un preciso hecho penal o delito. El hecho procesal sigue siendo un *factum* con individualidad propia, pero se ha de tener en cuenta que este *factum* lo es dentro de un asunto penal, de una relación de Derecho procesal penal y penal, manifestado en la imputación de un hecho supuestamente ilícito a una persona que eventualmente habrá de soportar una consecuencia penal.⁴⁹⁰

Frente a lo señalado, consideramos que una visión no debe excluir a la otra; es decir, ni es inadecuado recurrir a las circunstancias naturales de espacio-tiempo para explicar el hecho, como tampoco perder de vista la norma penal sustantiva que nos indica cuales son las circunstancias fácticas relevantes a tener en cuenta—incluso, la norma nos puede indicar que hechos deben ser tomados en cuenta cuando se pase al examen de la existencia o no de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal: atenuantes o agravantes—.

489 Idem, p. 159.

490 Sigue esta tendencia: ROXIN, Claus. "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 160-163 y 415-417.

En efecto, en el escrito de acusación se debe realizar un relato circunstanciado de los hechos atribuidos; en ese sentido, se debe elaborar una exposición breve de los hechos que son materia de imputación del Ministerio Público. Constituye un relato ordenado de los hechos que sustenta la posición del Ministerio Público en la acusación. De esta manera, se debe mostrar una facilidad de síntesis de los hechos; además de destacar los aspectos relevantes (penalmente) de la conducta del imputado antes, durante y después de la comisión del delito; las circunstancias de tiempo y lugar, la situación y posible resistencia de la víctima; la edad de ésta (sobre todo en los casos de agresión sexual); el empleo de violencia física o amenaza; la forma de intervención o captura o si el imputado se entregó a la policía o se resistió a la detención; etc. En suma, la expresión de todo aquello que sea relevante para fundamentar la acusación y se analice y debata en el juicio.

En esa inteligencia, formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ahora bien, se debe resaltar, que los hechos expuestos deben ser aquellos que han sido objeto de la investigación. En efecto, es la fundamentación fáctica la que vincula a las partes entre sí y éstas con el órgano jurisdiccional; las calificaciones jurídicas pueden variar según la perspectiva de cada sujeto procesal, pero los hechos son indesligables, dado que, constituyen el sustrato de la pretensión procesal, de lo que se va a discutir en el debate oral.

2. Fundamentación jurídica. Es el examen o calificación normativa que realiza el Fiscal en torno a los hechos ingresados a través de su escrito de acusación; es decir, es el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que el representante del Ministerio Público ha formulado con relación a los hechos materia de su investigación.

Ahora bien, esta calificación es provisional, es decir, variable. En efecto, cabe la posibilidad que, durante la actividad probatoria en la audiencia del juicio oral, se deriven ciertos resultados que obliguen al Fiscal modificar su calificación jurídica realizada, en un principio, en su escrito de acusación.

Así, y como ejemplo de lo acabado de señalar, el artículo 374.1 del Código Procesal Penal del Perú del 2004 señala lo siguiente: "Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad

de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente”.

De acuerdo con este párrafo, la calificación jurídica de la Fiscalía puede variar –a pesar que los hechos se mantienen inmutables, no ingresando incluso eventos fácticos nuevos– debido que, el Ministerio Público no ha tomado en cuenta algún factor normativo durante su examen o juicio de valor; y esta omisión ha sido advertida por el juzgador –a mérito de la actividad probatoria que se está desarrollando en el juicio oral–, quien indica a las partes de tal situación, a fin que las mismas emitan su respectivo pronunciamiento.

Por otro lado, el mismo artículo 374º, pero ahora en su numeral 2), del texto adjetivo peruano apunta lo siguiente: *“Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica.”*

Este supuesto, a diferencia del anterior, descansa en la inclusión al debate oral de un nuevo hecho –no es que los anteriores se hayan, necesariamente, modificado, sino que se ha omitido, no una circunstancia de valoración normativa como en el caso anterior, un evento, una circunstancia fáctica–. Ello amerita que el Fiscal lo haga ingresar al debate a través de un escrito de acusación complementario. Ahora bien, puede darse el caso que, por la inclusión del nuevo hecho, la Fiscalía deba ser ajustes a la calificación jurídica que inicialmente hizo en su primer escrito de acusación.

Finalmente, de la fundamentación jurídica que realice el Fiscal, se va a desprender el título de imputación; es decir, el tipo penal que imputa al acusado. Al respecto, pueden surgir una serie de situaciones, tales como: a) la acusación alternativa o subsidiaria; b) la correlación entre la acusación fiscal y la sentencia; y, c) la desvinculación del órgano jurisdiccional con el título de imputación propuesto por el Ministerio Público. Solamente comentaremos la primera de las tres situaciones antes mencionadas, dejando las demás para los siguientes acápitales.

Por acusación alternativa o subsidiaria se debe entender a la propuesta, en el escrito de acusación fiscal, de dos o más versiones fácticas y jurídicas con tal que no se modifiquen los márgenes del objeto del proceso, identificado en la esencialidad de los hechos –en el entendido que si no es estimada la primera proposición, puedan ser consideradas las restantes como válidas–.

Se puede proponer una variedad de calificaciones jurídicas con sus respectivas modalidades fácticas o proponer una variedad de participaciones respecto de un mismo sujeto pasivo, y de peticiones de penas conforme sean las diversas participaciones atribuidas.

Esta técnica de proposición de la acusación puede tener una doble utilidad. En primer lugar, resulta útil al acusador cuando dude del resultado probatorio de modo que mediante la alternatividad pueda presentar todas sus hipótesis probables, proyectando anticipadamente los diversos probables resultados probatorios.

El otro caso de utilidad es más una cuestión de sistema procesal que de proceso. Nos explicamos: la alternatividad de la acusación se muestra como la estrategia o técnica de los acusadores para evitar el uso de la tesis de los juzgadores o de posibles absoluciones por desconocimiento o no consideración de ciertas normas penales, al presentarle al juzgador la totalidad de las posibilidades fáctico-jurídicas imaginables que se puedan deducir de la prueba practicada en el juicio. Sin embargo, esta técnica llevada al extremo podría producir el paradójico efecto de otorgar al juzgador mayor amplitud de poderes, ya que en la práctica al abusar de la alternatividad se pone a disposición del juzgador una buena cantidad de relatos y calificaciones posibles y sobre esa base se le entrega una mayor libertad para sancionar un hecho delictivo; ello acontecería por la libertad de calificación del juzgador, gracias al abanico de posibilidades puestas a su disposición a través de la acusación alternativa.

La alternatividad en este último sentido, al otorgar al juzgador un amplio abanico de posibilidades de enjuiciamiento fáctico y jurídico del caso, puede servir como medio adecuado para hacer frente al fenómeno del solapamiento normativo penal que se produce en el orden penal sustantivo. Como se sabe, éste obedece a que la «producción» legislativa dentro de un ordenamiento jurídico estatal tiende a generar zonas de regulación penal superpuestas sobre una actividad ilícita, lo cual da lugar a que una misma actividad delictiva esté reglamentada por distintas normas penales, e incluso más, que un mismo hecho punible, en abstracto y *prima facie*, sea subsumible, aparentemente, en distintas normas penales.

En esa inteligencia, el acusador al acusar por un hecho puede hacer una subsunción que desde un punto de vista inicial y abstracto no esté «errada» del todo, pero que apreciada desde el punto de vista de la técnica penal el juzgador considere más adecuado hacer en definitiva otra subsunción. Es la misma ley sustantiva penal la que asumiendo estos solapamientos normativos y previendo los problemas de interpretación y aplicación de la ley penal, derivados de no saber con toda seguridad cuál es la norma aplicable, señala unos criterios para resolver este problema.

Al respecto, Del Río señala lo siguiente: *“La alternatividad de la acusación, en consecuencia, puede servir para ofrecer al juzgador todas las posibilidades nor-*

*mativas de calificación fruto del solapamiento normativo penal, y, de esa manera, asegurarse que tenga en consideración todas las posibilidades legales del caso para elegir entre ellas la que corresponda. En definitiva, la alternatividad es una herramienta de anticipación ante la posible discrepancia de criterio del juzgador en la subsunción del hecho punible, y de previsión para asegurarse de que el juzgador considerará todas las posibilidades de subsunción.*⁴⁹¹

Así, lo señalado da fundamento al artículo 349.3 del texto adjetivo peruano del 2004, el cual precisa lo siguiente: *“En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.”*

3. Pedido de sanción penal y de reparación de los daños. El pedido de sanción penal es lo que dota de contenido a la acusación fiscal. En ese orden de ideas, somos de la opinión que el representante del Ministerio Público puede –por no decir que debe– tomar en consideración los criterios establecidos en el Código Penal en lo que respecta a la determinación de la pena –a pesar que son mensajes normativos dirigidos al juez.

Por ejemplo, tenemos los siguientes criterios recurrentes en la normatividad sustantiva:

1. La naturaleza de la acción. A partir de ella es posible dimensionar la magnitud del injusto. En este indicador el Juez debe apreciar varios aspectos como el tipo de delito o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la forma como se ha manifestado el hecho.
2. Los medios empleados. La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos. Asimismo, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos.
3. La importancia de los deberes infringidos. Alude a una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente.
4. La extensión del daño o peligros causados. Ella nos indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado.
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Todas se refieren a condiciones tempo-espaciales, y reflejan principalmente una dimensión mayor en el injusto, en tanto que el agente se suele aprovechar de ellas para facilitar la ejecución de su delito.

491 DEL RIO FERRETIT, Carlos. Ob. Cit., p. 98.

6. Los móviles y fines. Para la aplicación de las penas lo que debe valorarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura, etc.
7. La unidad o pluralidad de agentes. Tradicionalmente se ha considerado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima.
8. La edad, educación, situación económica y medio social. Aquí se consagra una auténtica situación atinente a la culpabilidad. Se trata de circunstancias que se relacionan con la capacidad penal del imputado y con su mayor o menor posibilidad de internalizar el mandato normativo, motivarse en él y en sus exigencias sociales. Es más, quien dude de la procedencia del reconocimiento de los efectos del error de prohibición directo en la ley, encontrará en esta fórmula una consagración legal que no suscita ninguna incertidumbre al respecto, lo cual demuestra una vez más que la ignorancia de la ley penal si sirve de excusa.⁴⁹²
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño. Esta circunstancia se funda en una conducta del agente posterior al delito. Reparar rebela una actitud positiva que debe meritarse como un atenuante.
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto. En esta circunstancia se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito y que expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y asumir las consecuencias jurídicas que de ello derivan. La presentación debe ser voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión alguna o responder a factores independientes del querer del sujeto.
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. El legislador le deja al Juez una posibilidad abierta para que interprete y aprecie otras circunstancias, distintas de las antes mencionadas, pero que resulten idóneas para conocer mejor la personalidad del agente.

Asimismo, el Fiscal deberá tener en consideración la presencia –o no– de atenuantes o agravantes, ya sean genéricos o específicos.

Finalmente, y con relación a los daños surgidos por la comisión de un delito, el Fiscal deberá tener en cuenta los siguientes conceptos:

1. La restitución. Presenta como contenido una sanción civil específica: la restitución in pristinum, la devolución o restitución del bien concreta en la cual se cometió el delito. Pero este derecho a la restitución no nace propiamente del delito, sino

492 SALAZAR MARÍN, Mario. "LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA". En: *Nuevo Foro Penal*, N° 43, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 14.

de la ilícita detentación o tenencia del bien, sea o no por título delictivo. Su contenido coincide con el de la acción reivindicatoria.

2. La reparación. La reparación del daño ha pretendido distinguirse de la indemnización del perjuicio, tomando como base los textos legales. Pero en realidad esas dos expresiones no son más que un pleonismo jurídico. Jurídicamente las dos expresiones significan lo mismo. Por ello las dos nociones deben refundirse en un único concepto. Incluso desde el punto de vista etimológico advierte oportunamente Gómez Orbaneja que debería decirse al revés: “indemnizar” es “dejar indemne”, sin daño, a alguien, mientras que “resarcir” es tanto como reparar o recomponer y debería referirse a los perjuicios. Pero lo importante jurídicamente es retener que las dos expresiones significan lo mismo.⁴⁹³

Manzanares Samaniego alude a los diversos criterios utilizados por la doctrina para procurar diferenciar el daño del perjuicio. El daño sería el sufrido por la víctima y derivado directamente del delito, mientras que el perjuicio sería su consecuencia indirecta y puede afectar a la víctima o a un tercero. Otras veces se identifica el daño con el daño emergente y el perjuicio con el lucro cesante. No falta el intento de ver en el daño una modalidad del perjuicio. La Jurisprudencia no mantiene una posición definida. Y el autor concluye: «pero la cuestión doctrinal no tiene aquí, por fortuna, excesiva repercusión práctica». Sólo que la pretendida distinción tampoco tiene importancia teórica. ¡Doctrinalmente es tan absolutamente irrelevante como en la práctica!

3. *Damnum emergens* y *lucrum cessans*. También esta distinción es milenaria. Conceptualmente son distinguibles. Daño resultante es el que “positivamente” se ha producido a consecuencia del delito. Lucro no recibido es el daño o perjuicio producido “negativamente”, como ganancias o beneficios dejados de obtener. Las lesiones han podido obligar a realizar gastos diversos y al impedir al lesionado dedicarse a su trabajo le han podido impedir obtener aquello que de no ser por las lesiones hubiese ganado. Los gastos realizados son el “daño resultante” o emergente y las ganancias o beneficios perdidos es el “lucro cesante”. Sólo que de nuevo nos encontramos con una distinción por completo irrelevante, ya que jurídicamente ambos conceptos se tratan idénticamente. Tanto el daño emergente y el lucro cesante han de ser acreditados en la causa y uno y otro se indemnizan por igual.
4. Daño patrimonial y “daño moral”. En este punto conviene mantener la distinción. Sólo que es erróneo querer configurar el daño moral como un perjuicio patrimonial indirectamente recibido. Todo daño que directa o indirectamente repercuta en el patrimonio es un daño patrimonial, ya sea un daño emergente

493 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio / HERCE QUEMADA, Vicente. “DERECHO PROCESAL PENAL”. 10ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 383.

o un lucro cesante. La noción de daño moral se alcanza por contraposición con el daño patrimonial. Daño moral es el daño no patrimonial. Todo daño moral no puede ser ni directa ni indirectamente patrimonial. Por eso se identifica con las nociones de sufrimiento y se indemniza como PRETIUM DOLORIS.

9.2.3 CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

9.2.3.1 CONTROL FORMAL

Las normas adjetivas autorizan a las partes proponer motivadamente una serie de cuestiones o mociones específicas relacionadas con la acusación del Ministerio Público.

Ello, implica, en primer lugar, un denominado control formal de la acusación –ya sea a solicitud de parte o de oficio– en donde se da la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal tan trascendente como es la acusación y la validez de la serie procesal.

En ese sentido, debemos dejar asentado que, el Fiscal formula acusación, sólo si, está convencido de la comisión de un delito y de la probable intervención en el mismo del imputado. Es decir, los recaudos de las investigaciones han formulado en él la convicción de formular acusación penal ante el órgano jurisdiccional.

Para ello, la acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: a) Los datos que sirvan para identificar al imputado; b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; d) La participación que se atribuya al imputado; e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren; f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite; g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y, h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

Asimismo, en la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. Ello, no debe interpretarse como duda en el juicio del Fiscal; y ello, porque la garantía del in dubio pro reo, descansa en la duda sobre la responsabilidad del imputado, y no en la calificación jurídica que realice el Fiscal.

Además, el Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. Igualmente, se da la garantía procesal que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria –denominado en México, auto de vinculación a proceso–, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.

La acusación será notificada a los demás sujetos procesales, quienes podrán:

1. Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección. Esta alternativa no gira en torno a cuestionar la opinión del Fiscal sobre si el imputado es responsable del delito materia de proceso, porque ello se ventilará en el juicio oral. Es decir, no se funda en cuestiones de fondo, sino de forma, en los datos mencionados en este acápite.

Estos defectos formales serán analizados en la respectiva audiencia preliminar o preparatoria del juicio oral. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia, con la finalidad que se corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. Caso contrario, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez.

2. Deducir excepciones. Una vez formalizada la investigación preparatoria, se pueden plantear excepciones. Sin embargo, las normas adjetivas facultan que también en la etapa intermedia se planteen medios técnicos de defensa, como son los casos de excepciones.

Asimismo, se discutirán durante la audiencia preliminar. De estimarse cualquier excepción, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda.

3. Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada. En el primer supuesto, las partes pueden solicitar la imposición o revocación de una medida cautelar personal o real; ello se justifica por la intensidad de la acusación fiscal. Si la misma considera que el delito cometido existió pero no es de tan gravedad o nocividad, seguramente será una referencia que permita al abogado defensor solicitar, por ejemplo, la revocación del mandato de prisión preventiva que se le ha imputado a su patrocinado y su reemplazo por una medida cautelar menos gravosa.

Por otro lado, en el segundo supuesto, la regla general es que, durante la audiencia preliminar que sustenta a la etapa intermedia, no podrán actuarse diligencias de investigación o de pruebas específicas; sin embargo, la excepción está dada por el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en este acápite. La decisión

sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, ésta se realizará en acto aparte, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento o apertura de juicio oral.

4. 4) Pedir el sobreseimiento. El pedido de sobreseimiento se funda si: a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) La acción penal se ha extinguido; o, d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Al configurarse alguno de los supuestos señalados en el párrafo anterior, el Juez ordenará el sobreseimiento del proceso penal, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

5. Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad. El límite máximo para solicitar, y si fuese el caso, aplicar el principio de oportunidad, es durante la etapa intermedia. Pasada la misma, no es aplicable esta figura procesal. Para ello, la solicitud deberá descansar en alguna de las causales señaladas en la ley para la aplicación del principio de oportunidad, así como, manifestarse una ausencia de afectación al interés público.
6. Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos. Este supuesto denota el momento procesal para el ofrecimiento de pruebas. Es decir, mientras el Fiscal, ofrece las pruebas de cargo en su escrito de acusación; los demás sujetos procesales lo deberán hacer mediante escrito presentado dentro del plazo de ley.
7. Objetar la reparación de los daños o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

Todas estas cuestiones, serán resueltas en la respectiva audiencia preliminar, intermedia o preparatoria del juicio oral.

9.2.3.2 CONTROL MATERIAL

El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten

el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en la norma adjetiva.

Este control puede ser realizado de oficio. Al Juez le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

El control sustancial o material de la acusación fiscal incide en la razonabilidad de los elementos de la pretensión procesal: fundamentación fáctica, fundamentación jurídica y petitorio, con la finalidad de establecer un marco lógico y coherente para el debate oral.

En ese sentido, no es razonable iniciar un juicio oral, cuando de la pretensión procesal se advierte la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento establecidas en la ley respectiva.

Por otro lado, por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que, si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley –lo cual es una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOFILL, Jorge. “Preparación del juicio oral”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo VI, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1987.
- DEL RIO FERRETTI, Carlos. *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del derecho español con el chileno*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2006.

- GARCIA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal penal*, 5ta. Edición, EDDILI, Lima, 1976.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal"*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- MAIER, Julio. *La ordenanza procesal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MONTERO AROCA, Juan. Et. Al. *Derecho jurisdiccional*, 10ma. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *El proceso penal abreviado*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2000,
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- SANCINETTI, Marcelo. *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

CAPÍTULO X



CUARTO PASO: EXPONIENDO EL CASO



10.1 LA ETAPA DEL JUICIO ORAL

El juicio o debate oral, no debe ser entendido como discordia; al contrario, debe ser visualizada en sentido positivo, constructivo, como el camino libre y dinámico de diálogo racional para llegar a la verdad y a la justicia, en el cual se exponen argumentaciones opuestas, en las que las hipótesis son objeto de refutación, para sacar a la luz la verdad, superar la duda, y sobre todo, resolver el conflicto que se ha propuesto.

Es el escenario por excelencia donde las pruebas se desahogan en mérito al planteamiento metodológico o estratégico de las partes, a fin de fortalecer su versión de los hechos y debilitar la de su contraparte.

Sin embargo, para entender esta figura es necesario analizar dos puntos:

- (a) El derecho constitucional de toda persona a un juicio previo.
- (b) La centralidad del juicio oral.

A continuación, comentaremos ambos temas.

10.1.1 EL DERECHO CONSTITUCIONAL A JUICIO PREVIO

En algunos países⁴⁹⁴ como México, la Constitución Federal mexicana ha consagrado, el derecho a un juicio previo; así en el artículo 20º constitucional, literal A,

494 Por ejemplo, la Constitución argentina, en el artículo 18, establece que: “Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Binder comenta que unos lo han interpretado como la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de

fracción IV, se plasma el principio de que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente, así como, que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.⁴⁹⁵

Sin embargo, en otros países como el Perú, la Constitución Política peruana de 1993 no consagra el derecho a un juicio previo, aunque en su lugar estipula la garantía de no ser penado sin proceso judicial, el cual conlleva que ninguna persona sea afectada o sancionada si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación.⁴⁹⁶ Sin embargo, esta omisión ha sido suplida en el artículo I inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano del 2004 (publicado en julio del 2004,⁴⁹⁷ el mismo que ha entrado en vigencia en más de diez Distritos Judiciales), el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”.⁴⁹⁸

un juicio lógico; sin embargo, para el jurista argentino la norma constitucional se refiere al juicio como institución política- cultural (concretamente, juicio oral). Cfr. BINDER, Alberto. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 111-112.

495 Ello significa que el derecho a un juicio previo si puede ser alegado en nuestro sistema debido, entre otros argumentos, que el mismo está plasmado en tratados internacionales que México ha suscrito y, por ende, forma parte de nuestro Derecho. Así, tenemos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1); y, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 7.5).

496 Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “DERECHO A NO SER SANCIONADO O AFECTADO SIN PREVIO PROCESO O PROCEDIMIENTO”. En: *La Constitución Comentada*, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 546.

497 Publicado, el 29 de Julio del 2004 a través del Decreto Legislativo 957.

498 En el ámbito de la legislación comparada, encontramos este derecho en los siguientes textos procesales: Código de Procedimientos Penales de Bolivia (1999): Artículo 1. “Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código”.

Código Procesal Penal de Paraguay (1998): Artículo 1. “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código.

En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina”.

Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2006): Artículo 1 (Título Preliminar). “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salva-

Al respecto, este derecho al juicio previo ha sido desarrollado a través de la denominada fase procesal: juzgamiento (o juicio oral⁴⁹⁹), cuyo objetivo es la demostración de la acusación penal a través de la actuación y análisis de los medios probatorios; siendo, dentro de un modelo acusatorio, la etapa central del proceso (penal).

10.1.2 LA CENTRALIDAD O IMPORTANCIA DEL JUICIO ORAL

Todo proceso judicial, entre ellos el penal, denota un marco de discusión de un conflicto de intereses.⁵⁰⁰ En efecto, el delito, como fenómeno jurídico, genera un conflicto de intereses;⁵⁰¹ es decir, al hablar de delito debemos de pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable; y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal.⁵⁰²

guarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

- 499 La etapa se ha conocido bajo diferentes denominaciones, las que destacan alguna característica de la misma; así se ha hablado de “plenario”, atendiendo a que tanto las partes como el órgano jurisdiccional actúan en la plenitud de sus facultades; de “debate” o “discusión”, destacando la mecánica eminentemente contradictoria, y de “juicio”, nombre que se ha impuesto y que deriva tanto de “juzgamiento” como de la circunstancia de que toda la actividad conduce, en definitiva, a la afirmación de reproche o absolución respecto de lo imputado.
- 500 Frente a un conflicto de voluntades en torno a un interés entre dos personas, cualificado por la oposición de dos pretensiones opuestas, la única actividad posible es la de invocar, solicitar la tutela jurisdiccional del Estado. En la concepción carnelluttiana el proceso es la justa composición de la litis, entendiendo por litis el conflicto (intersubjetivo) de interés calificado por una pretensión resistida. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. “DERECHO PROCESAL CIVIL Y PENAL”, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 301. Igualmente para Leone, en el proceso penal siempre existe un conflicto, un contraste de intereses, y la actuación de las partes puede ser delineada en el conflicto entre el poder punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado. Cfr. LEONE, Giovanni. “TRATTATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE”, Volumen I, Editorial Jovene, Napoli, 1961, p. 181. Igualmente, para Creus, el derecho procesal, frente al derecho sustancial, también es llamado a funcionar en hipótesis de conflicto (real o pretendido) para lo cual regula el acto o actuación jurisdiccional a la cual confluyen, además de la actividad del juez, la de las “partes” que se interesan en el conflicto. Cfr. CREUS, Carlos. Ob. Cit., 1996, p. 03.
- 501 El principio del proceso penal como marco de discusión de un conflicto de intereses ha sido recepcionado en algunas legislaciones. Así, en el Código Procesal Penal de Costa Rica (1996), en su artículo 7, precisa que: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.
- 502 Cabe precisar que nos apartamos de aquella corriente que postula que el conflicto de intereses es entre el presunto autor y el Estado y por el contrario, nos acercamos a aquellos postulados que personalizan el conflicto entre ofensor y ofendido, dentro del marco de un

Así, la víctima tiene los siguientes intereses: a) que se imponga una sanción al responsable del delito (pretensión punitiva, la cual, será llevada por el Ministerio Público –dado que el delito también genera daño al interés público - al órgano jurisdiccional a través del proceso penal); y b) que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (pretensión resarcitoria).

Por su lado, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia (pretensión de absolución) de los cargos que se le han formulado en su contra, o al menos, recibir una sanción atenuada (pretensión de atenuación de la pena).

Frente a esta lucha de intereses, son, valga la redundancia, los interesados los llamados a impregnar del dinamismo necesario, a fin que el órgano jurisdiccional falle a favor de alguno de ellos. Si lo afirmado lo trasladamos a sede de proceso penal son, entonces, las partes los llamados a impregnar de dinamismo la actividad procesal: investigadora y de probanza, tendiente al amparo de sus intereses o pretensiones. Ya no sería el Juez el centro del proceso, sino las partes.

En ese contexto, el proceso penal debe estructurarse en momentos de postulación de las pretensiones opuestas, contradicción, probanza, solución e impugnabilidad de la decisión que resuelve el conflicto de intereses surgido a consecuencia de la presunta comisión de un ilícito penal. Al respecto, opinamos que la fase de investigación preparatoria es la llamada a cumplir el momento de postulación de las pretensiones, dado que, *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.⁵⁰³ En cambio, la fase de juzgamiento es la llamada a cumplir con los momentos de contradicción, probanza y solución del conflicto de intereses,⁵⁰⁴ dado que, en la misma se recibe en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia.⁵⁰⁵

La centralidad del juicio oral radica en que las partes podrán argumentar y probar sus pretensiones frente, ya no ante un juez de la Investigación Preparatoria (cuya actuación opera en la fase de investigación), sino ante el juez de conocimiento, quien tiene la potestad de resolver el conflicto suscitado. Como señala Binder, el juicio es la etapa prin-

proceso penal acusatorio con tendencia adversarial. Al respecto, véase: BOVINO, Alberto. "LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL". En: *Problemas de Derecho procesal penal contemporáneo*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 96 y sgts. CRISTHIE, Nils. "LOS CONFLICTOS COMO PERTENENCIA". En: *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 169 y sgts.

503 Artículo 321, numeral 1) Código Procesal Penal.

504 Aunque cabe señalar que la solución del conflicto puede darse incluso antes de iniciarse el juicio oral. Por ejemplo, a través de las figuras de: principio de oportunidad o la terminación anticipada del proceso.

505 SOSA ARDITI, Enrique / FERNÁNDEZ, José. "JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 39.

cial del proceso penal porque es allí donde se resuelve o redefine de un modo definitivo –aunque revisable - el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal.⁵⁰⁶

Pero, el considerar al juicio oral como la etapa principal del proceso,⁵⁰⁷ también se debe al haz de principios y garantías que le envuelven a fin de lograr una *calidad de información* al juzgador que le permita resolver la litis puesta a su conocimiento. Por calidad de información se entiende como aquel conjunto de datos, filtrados, seleccionados, depurados, tendientes a probar, por un lado, si se ha cometido o no un ilícito penal, y por otro lado, la determinación de las consecuencias punitivas, y si fuese el caso, civiles generadoras del delito; información que es percibida por el juzgador de manera inmediata e imparcial, a través de una actividad contradictoria de las partes⁵⁰⁸ y con pleno respeto a la presunción de inocencia y en presencia de la comunidad. En ese sentido, la inmediación, la contradictoriedad, la imparcialidad, el principio de inocencia y la publicidad, son el conjunto de principios que al operar en el juicio oral permitirán que el juzgador obtenga una información de calidad, confiable, que permita fundar su decisión en torno al conflicto suscitado entre el ofensor y el ofendido.⁵⁰⁹

En ese orden de ideas, la centralidad del juicio oral radica porque:

1. El juicio oral es dialógico; dado que, para obtener la información de calidad se requiere del diálogo o comunicación entre las partes, el juez y los órganos de prueba.
2. El juicio oral es dialéctico; debido que, la información se construye a través de proposiciones por una de las partes (tesis) que, por regla, están en oposición con las de su contraparte (antítesis), a fin que el juzgador arribe a una síntesis, que a su vez sea el contenido de la respuesta judicial.
3. El juicio oral es estratégico, porque la actividad de las partes se realiza en función a un planteamiento metodológico y a estrategias de litigación oral.

10.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL JUICIO ORAL

Según la doctrina, los principios que rigen el juicio oral son: la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su

506 BINDER, Alberto. Ob. Cit. p. 233.

507 Artículo 356, numeral 1) Código Procesal Penal.

508 Es la actividad realizada por las partes a fin de controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso.

509 Como indica Vázquez Rossi, el juicio es el medio de establecimiento de la verdad judicial. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables. Cfr. VAZQUEZ ROSSI, Jorge. Ob. Cit., Tomo II, p. 404.

desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. A continuación se desarrollarán cada uno de estos principios en razón a su agrupamiento en dos ítems: a) principios vinculados con la actividad probatoria; y, b) principios referidos al desarrollo en sí del juicio oral.

10.2.1 PRINCIPIOS VINCULADOS CON LA ACTIVIDAD PROBATORIA

En primer lugar, resalta un conjunto de principios vinculados con la actividad probatoria que se desarrolla en el juicio oral, los cuales son:

A. Principio de oralidad. Se encuentra recogida en varios instrumentos internacionales,⁵¹⁰ y se le considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador al ser expresados verbalmente (y consignados en las actas de la audiencia⁵¹¹) permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiera.

Así, técnicamente la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral), siendo sus ventajas una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible intermediación entre emisor y receptor, con la consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones.⁵¹² Su importancia, por tanto, radica tanto en el aspecto escénico y en el contenido del contradictorio,⁵¹³ por lo que, el abogado litigante requiere sacar el máximo provecho del lenguaje oral, el cual, acompañado del gestual, permitirá una mejor comprensión tanto de la veracidad de su planteamiento, así como, de las falencias del caso, que pueda encontrar y resaltar, de su contraparte.

510 Artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

511 Sin embargo, en el procedimiento escrito –al contrario de lo que ocurre en la audiencia de debate en el juicio oral–, dada la estructura del órgano jurisdiccional (que permite el reemplazo de los jueces sin renovación de los actos ya realizados), es menester que las audiencias sean documentadas en actas en las que se vuelque la totalidad de las manifestaciones de los intervinientes, de modo más completo posible, lo que también se impone para los actos de la instrucción (que es escrita) en el sistema con juicio oral. Al respecto, consúltese. CREUS, Carlos. Ob. Cit. p. 129.

512 TORRES, Sergio/BARRITA, Cristian. "PRINCIPIOS GENERALES DEL JUICIO ORAL PENAL", Flores editor, México, 2006, p. 27.

513 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Enrique. "JUICIO ORAL". En: *Revista Mexicana de Justicia*, Enero-Junio, 2005, México, p. 98.

Por otro lado, se alude a la oralidad en sentido amplio y en sentido estricto (también llamada oralidad-inmediación). La primera noción equivale a aquel sentido amplio y sencillo, de pensar en la oralidad apenas en relación a la forma de la práctica del acto procesal. Así, todo proceso en el que prevalezca, como instrumento de realización de los actos, la forma oral debe ser caracterizado como un proceso oral.

Sin embargo, y como indica Sergio Cruz Arenhart, mucho más interesante es el segundo sentido atribuido a ese principio.⁵¹⁴ En efecto, pensar en la oralidad-inmediación es pensar en un complejo de sub-principios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en proceso oral se pretende el contacto directo del Juez con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y apuración más precisa de los hechos de la causa. Por ello, examinar la oralidad bajo el prisma también de la intermediación, es reconocer que el proceso, al mismo tiempo que se desarrolla predominantemente por la vía oral, debe observar los principios de la convicción racional del Juez, de la inmediatez, de la publicidad, de la concentración y del incremento de los poderes de disciplina del Juez, además de tantos otros que son consecuencia de los mismos.

De hecho es evidente que el principal interés en tornar un proceso predominantemente oral es permitir no solamente la simplicidad en la forma del acto procesal, sino, sobre todo, el perfeccionamiento de la instrucción de la causa. La oralidad, vista desde este prisma, democratiza el proceso, ya que impone a quien juzga el contacto directo con las partes y el diálogo entre los mismos.

Además, agiliza la solución del litigio, en la medida en que estimula la concentración de los actos procesales.

B. Principio de publicidad. Con referencia a la publicidad, la misma permite la participación de la comunidad,⁵¹⁵ la que es finalmente la interesada en que la problemática se solucione, observando cómo los jueces cumplen su función; colocando de manifiesto y censurando los excesos, abusos o, si sucede, la impunidad.⁵¹⁶ Al respecto, señalamos la siguiente jurisprudencia que abona nuestra posición: *“La función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan*

514 CRUZ ARENHART, Sergio. “LA ORALIDAD EN LA JUSTICIA. EL CASO BRASILEÑO”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N° 02, Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 128.

515 Salvo las excepciones que la ley pueda señalar.

516 Este principio tiene la particularidad de no referirse a ninguno de los sujetos procesales que intervienen en el caso, sino, en cambio, a personas distintas de esos sujetos; no se refiere a la posibilidad del conocimiento de los actos por las partes, sino a la publicidad popular. Cfr. BOVINO, Alberto. “PRINCIPIOS POLITICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 74.

la tarea de administrar justicia". Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sentencia del 08 de Diciembre de 1983.

Por su parte, Oronoz Santana, indica que para que se logre una verdadera justicia, el proceso debe realizarse frente a la comunidad, apreciando los ciudadanos cómo los funcionarios judiciales, desarrollando su actividad lo hacen de conformidad con las normas procesales, observando desde el mismo momento en que se formule la acusación, hasta la sentencia misma.⁵¹⁷ Por tanto, todas estas ventajas justifican la creación de las condiciones apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia.

C. Principio de inmediación. En lo que respecta a la inmediación se refiere a la necesidad de que el juez que va a proferir la sentencia aprehenda el conocimiento directo que deviene del acopio probatorio, y así logre formar su convicción frente al caso propuesto. Es aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal.⁵¹⁸ De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando debe practicarse las pruebas ante el juez que va dictar sentencia (a excepción de las pruebas pre-constituida y la anticipada). Según Roxin, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral.⁵¹⁹

Este principio, en materia de pruebas genera todo un cambio de perspectiva por parte de los operadores, debido que, en anterioridad nuestros juzgadores emitían sentencia conforme a lo que obraba en autos, resaltando declaraciones de las partes o terceros, o bien diligencias realizadas por el Ministerio Público o comisionadas a la Policía. El problema es que daban mérito probatorio a aquellos actos donde el sentenciador no estuvo presente, so pretexto de una inmediatez entre tales diligencias y el hecho cometido. Sin embargo, en la actualidad no nos rige la inmediatez sino la inmediación; es decir, sólo el Juez Unipersonal o Colegiado emitirá sentencia con relación a aquellas pruebas actuadas en su presencia, y por excepción lo valorado tanto de la prueba anticipada como documentada –que analizaremos más adelante–.

En suma, la inmediación es un principio básico, nuclear, tanto del sistema acusatorio y en concreto con el régimen de la prueba.

517 ORONoz SANTANA, Carlos Mateo. "EL JUICIO ORAL EN MÉXICO Y EN IBEROAMÉRICA", 2da. Edición, Cárdenas Blasco Editores, México, 2006, p. 157.

518 GUERRERO PERALTA, Óscar. "FUNDAMENTOS TEÓRICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL", Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, p. 153.

519 ROXIN, Claus. "DERECHO PROCESAL PENAL", Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 395.

D. Principio de contradicción. Con referente a la contradicción, la misma supone la posibilidad que tienen las partes –llámense fiscal y defensa del acusado– para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas y de la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previo a la decisión final del juzgador.⁵²⁰ Este principio describe la naturaleza del juicio oral, como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica; es decir, en la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre las mismas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrante. Por definición, es una etapa dialéctica, que se manifiesta de modo preponderante por la actividad paritiba, lo que a su vez exige la neta diferenciación de los sujetos y de la posición de los órganos de la acusación respecto de la defensa y de todos éstos en relación al tribunal.⁵²¹ En ese sentido, el juez no interviene en la actuación probatoria, salvo contadas excepciones con fines exclusivamente de esclarecimiento.

E. Principio de presunción de inocencia. En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve”, declara y confirma dicho estado de inocencia;⁵²² mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

Luigi Lucchini señalará que la presunción de inocencia es un “*colorario lógico del fin racional asignado al proceso*” y la “*primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario*”.⁵²³ Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la*

520 Indica Sánchez Velarde, que salvo que se manifieste un supuesto de aceptación a la acusación fiscal, las pruebas deben debatirse en el juicio oral pues ello es lo que se espera del esquema acusatorio del juicio para que el juez realizando labor de valoración pueda dictar la sentencia que corresponda. Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”, Editorial Idemsa, Lima, 2004, p. 569.

521 Cfr. VÁZQUEZ ROSSI. Jorge. Ob. Cit. p. 409.

522 La expresión “estado de inocencia”, es empleada por Gozaine, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se le tiene anticipadamente culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante -) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, pareciéndole una contradicción, Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227.

523 LUCCHINI, Luigi. “ELEMENTO DI PROCEDURA PENALE”, Editorial Barbera, Florencia, 1995, p. 15

regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “*la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.⁵²⁴

Para Nogueira Alcalá, la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.⁵²⁵

Gozaín indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.⁵²⁶

Al respecto, consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual,⁵²⁷ como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, que exige que sea ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso,⁵²⁸ así como, el ser considerados como excepcionales aquellas medidas que restringen la liber-

524 FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 551.

525 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”. En: *Ius et praxis*, N° 11, Talca, 2005, pp. 221 y sgts.

526 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DEL PROCESO PENAL AL PROCESO CIVIL”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año III, N° 6, México, 2006, p. 158.

527 Las garantías individuales son derechos públicos que deben ser respetados por las autoridades, limitaciones en el ejercicio de sus funciones, y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución. Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. “LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA”, Editorial Porrúa, México DF, 2003, p. 98.

528 En la legislación comparada, es interesante lo que establece el artículo 12 de la Constitución de El Salvador: “TODA PERSONA A QUIEN SE IMPUTE UN DELITO, SE PRESUMIRÁ INOCENTE MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY Y EN JUICIO PUBLICO, EN EL QUE SE LE ASEGUREN TODAS LAS GARANTÍAS NECESARIAS PARA SU DEFENSA”.

tad del imputado. Es un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica.⁵²⁹

10.2.2 PRINCIPIOS VINCULADOS AL DESARROLLO EN SÍ DEL JUICIO ORAL

En segundo lugar, se tienen los principios referidos al desarrollo del juicio oral, los cuales son:

A. Principio de continuidad. Surgió en oposición al fragmentarismo discontinuo de los procedimientos escritos. En efecto, por la misma necesidad de los requisitos de la percepción, no puede haber espacios temporales considerables entre los diversos actos producidos durante la audiencia.⁵³⁰ La prueba debe estar viva en los sentidos de los jueces, que la deben tener palpitando en sus memorias, al tiempo de dictado de la sentencia; de allí que la instrumentación de la audiencia no apunte a hibernar la prueba como ocurre en el juicio escrito. Aunque cabe señalar, que en la legislación comparada se tiene la posibilidad de grabación, de que se efectúen resúmenes o de levantar versiones taquigráficas; sin embargo, es excepcional y es que obedece a la *ratio* de facilitar la tarea de los sentenciadores.⁵³¹

Para Ricardo Levene, el principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.⁵³²

B. Principio de concentración. La concentración de los actos en el juicio oral impone la necesidad de que lo que se haga sea en presencia de los que en él intervienen

529 CLARIA OLMEDO, Jorge. Ob. Cit., Tomo I, p. 232.

530 El artículo 360 del Código Procesal Penal del Perú del 2004, precisa que instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La audiencia sólo podrá suspenderse: a) Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal o del imputado o su defensor; b) Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y, c) Cuando este Código lo disponga. La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que éste no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

531 Al respecto, señalamos el artículo 394 Código Procesal Penal de Argentina. Al respecto, véase: CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. "DERECHO PROCESAL PENAL. EL PROCEDIMIENTO EN LOS CÓDIGOS DE LA NACIÓN Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 234.

532 LEVENE, Ricardo. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO", Tomo I, 2da. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 112.

en forma sucesiva y sin perder la debida continuidad. Ello permite que las conclusiones, tesis y solicitudes que se presenten, no pierdan el hilo conceptual entre el momento en que se acopian y el que se discuten, además que sean continuos al instante en que se toma la decisión. San Martín Castro acota que es una novedad en el nuevo Código (en concreto, al referirse al texto peruano) la profundización de los principios de unidad y concentración del debate, dado que, entre sesiones de una misma audiencia, no pueden intercalarse o realizarse otros juicios, salvo que en ese lapso puede concluir, es decir, si la nueva causa lo permita.⁵³³

C. Principio de identidad física del juzgador. En lo atinente a la identidad física del juzgador, la misma parte de la necesidad de que el juez presencie físicamente toda la audiencia del debate oral, además, debe ser quien personalmente dicte la sentencia, sin posibilidad de delegación alguna.⁵³⁴ Ello con el objetivo de que quien dicta el fallo sea el mismo que presenció en forma directa e inmediata la producción y acopio de los elementos probatorios, así como también la discusión de sus consecuencias jurídico-penales y la incidencia en la decisión a tomar.⁵³⁵

D. Principio de la presencia obligatoria del imputado y de su defensor. En doctrina se le conoce como el derecho a estar presente en el juicio. En ese sentido, el carácter adversativo del modelo acusatorio, el hecho de que la defensa se constituye con el apoderado y el imputado, y el reconocimiento al derecho del imputado de controlar y ejercer su propia defensa, obligan a considerar cuidadosamente la posibilidad del juicio en ausencia. Si el juicio se desarrolla sobre la base de dos versiones enfrentadas, cuyo soporte argumentativo se realiza de manera autónoma (cada parte recopila evidencia), ¿puede el imputado no estar presente durante la celebración del juicio? Al respecto, se puede considerar dos situaciones:

A) negativa a estar presente; la estrategia defensiva es un asunto que concierne, salvo actos claramente inadmisibles para el apoderado, exclusivamente a la defensa y al imputado; así, si la defensa opta por el que el imputado no asista al juicio oral, en principio de ser una decisión considerada como válida y de exclusiva responsabilidad de la defensa (caso si inadmisibile es que no esté presente ningún abogado defensor, porque,

533 SAN MARTIN CASTRO, César. "INTRODUCCIÓN GENERAL AL ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 39.

534 Sin embargo, el artículo 359, numeral 2) del Código Procesal Penal del Perú del 2004 establece como excepción a este principio la ausencia prolongada de uno de los miembros del colegiado o la aparición de algún impedimento. En ese caso, será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. No obstante, la licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

535 ALARCÓN GRANOBLES, Héctor. "GARANTISMO PENAL EN EL PROCESO ACUSATORIO COLOMBIANO", Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 49.

al menos, debería estar el de oficio). En este orden de ideas, como se ha admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible que se juzgue en ausencia del acusado, si éste se niega a hacerse presente en el juicio.⁵³⁶

B) imposibilidad de informar al acusado; esto ocurre cuando el Estado ha desplegado todos los medios a su disposición para dar con el paradero del acusado y, a pesar de ello, no lo encuentra.

10.3 LA EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO DURANTE LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

En principio, durante la etapa del juzgamiento, en concreto durante la audiencia de juicio oral, la teoría del caso pasa por ciertos niveles, los cuales son: a) nivel comunicativo; b) nivel confrontacional; c) nivel conclusivo –ello a su vez constituye el cuarto y último paso en nuestra personal versión del contenido de la teoría del caso.

A. NIVEL COMUNICATIVO

El mensaje o comunicación del abogado es su teoría del caso. El medio natural de la transmisión es el *relato*, a fin de convencer al juzgador –recipiente del mensaje– de

536 Este tema presenta una gran relevancia, dado que, el Poder Ejecutivo del Perú ha enviado, con carácter de urgente, un proyecto de ley de simplificación del juicio oral al Congreso, en donde se propone: “el acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso de la Sala; sin embargo, una vez escuchada la formulación de cargos y por razones justificadas podrá autorizársele el permiso, en cuyo caso será representado por su defensor”.

Agrega que “si el acusado ha prestado su declaración en el juicio oral o se acoge al derecho de guardar silencio y deja de asistir a la audiencia, esta continuará sin su presencia y será representado por su defensor”. (propuesta de modificación al artículo 243 del Código de Procedimientos Penales de 1940, aún vigente en algunos distritos judiciales del Perú). Asimismo, propone que “la Sala, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro de los acusados o un testigo o perito no dirá la verdad en su presencia”. Además, refiere que si los testigos o peritos no pueden asistir por causa justificada, podrán declarar a través de una videoconferencia u otro sistema de reproducción a distancia.

Sin embargo, indica que “las diligencias de confrontación, de debate pericial o de reconocimiento estarán sujetas a las mismas reglas”. (propuesta de modificación al artículo 256 del Código de Procedimientos Penales de 1940). Sin embargo, como se acotó, en el Derecho comparado se está flexibilizando el principio de presencia física del acusado; para mayores detalles, véase: BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “EL PROCESO PENAL. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO”, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 212.

que se trata la versión más fidedigna de los hechos y de la interpretación de la ley más adecuada y justa.

¿Cómo entonces, comunicar efectivamente el mensaje de la teoría del caso? Para comunicar su teoría del caso, el abogado debe convertir la esencia de su teoría en una historia sencilla, coherente y convincente que se pueda transmitir rápido y fácilmente.

La teoría del caso debe poder reducirse a un tema central expresable en frases o palabras memorables, hasta emotivas, que encapsulan y reflejan lo esencial de dicha teoría. Un tema simple es preferible aunque hay veces que puede ser sofisticado.

Se debe recordar que el juez espera de la historia presentada por el abogado una versión coherente y lógica de los hechos, y una interpretación natural de las normas aplicables. Evidentemente no hay que convencerlo en cuanto a los hechos no controvertidos. Por tanto, el abogado durante el juicio debe centrarse en transmitir su versión de las cuestiones y los hechos controvertidos.

A través de la exposición, el abogado busca atraer al espectador para que éste simpatice con su versión de los hechos. La exposición debe ser puntual, concreto y sobretodo dramatizable, esto es, recrear el drama humano de manera convincente. Para la exposición se puede complementar el uso de la comunicación oral a través de medios audiovisuales: fotografías, diagramas, diapositivas, cuadros, modelos, documentos magnificados y simulaciones computarizadas.⁵³⁷

Finalmente, el momento procesal durante el juzgamiento donde los abogados comunicarán su teoría del caso es con los alegatos preliminares, a los que anteriormente se ha hecho referencia. Por ende, se debe diferenciar el mensaje a comunicar: el caso, con el momento procesal de la exposición: alegatos preliminares.

B. NIVEL CONFRONTACIONAL

Este nivel consiste en que las teorías del caso comunicadas serán objeto de confrontación por las partes, a través del debate probatorio, en el siguiente orden; a) Examen de la prueba personal; b) Actuación de la prueba documentada y documental; c) Examen de la prueba material; y d) Actuación de los demás medios probatorios.

Con relación al examen de la prueba personal, la misma gira en torno al juicio de credibilidad de la información dada por personas que han asistido a la audiencia del juicio oral.

Así tenemos, en primer lugar el examen del acusado, el cual, y según Moreno Catena, no es propiamente un verdadero interrogatorio, sino un medio de defensa que

537 Al respecto, véase: CANTU CERNA, Napoleón. "TÉCNICAS DEL JUICI ORAL EN EL SISTEMA PENAL DE NUEVO LEON", Comité de Reforma del Sistema de Justicia de Nueva León, Monterrey, 2004, p. 88.

permite a los acusados tomar posición frente a la acusación y a las pruebas de que ésta se valga; esto es, dar la posibilidad al acusado de posicionarse en el juicio.⁵³⁸

En segundo lugar, tenemos el examen a los testigos y peritos. Empezando por el denominado *examen directo*, siendo realizado por aquel que lo propuso. El objetivo es establecer los elementos que la parte se propone probar y que ésta sea creíble ante el juzgador.⁵³⁹ Luego sigue el *contraexamen*; se realiza después del examen directo y es realizado por la parte contraria; los objetivos son: a) tachar la credibilidad del testigo; o, b) procurar que el testigo reconozca aspectos positivos para su caso y negativos para el contrario; o c) atacar la experticia del perito propuesto por la contraparte.⁵⁴⁰ Luego sigue el *reexamen o re-directo*; es el nuevo interrogatorio, posterior al contrainterrogatorio que efectúa la Parte que hizo el interrogatorio directo al testigo o perito; se encuentra limitado a las áreas cubiertas en el contrainterrogatorio, para aclarar las dudas que surgieron.⁵⁴¹ Finalmente, puede darse un *recontraexamen*, es el examen al testigo posterior al reexamen y está limitado a las áreas cubiertas en el re-directo.

538 Cfr. MORENO CATENA, Víctor/CORTES DOMINGUEZ, Valentín. “DERECHO PROCESAL PENAL”, 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 394.

539 El examen se debe estructurar de forma temática, es decir, primero cubrirá las distintas conclusiones y luego los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas. Esto se debe a que nos debe interesar destacar la conclusión para luego revisar los detalles y otros aspectos que llevaron a la misma.

Al explicar el procedimiento se debe seguir un orden cronológico que se haga cargo de los distintos pasos que se fueron dando en el tiempo para llegar a la conclusión expuesta. Si el experto insiste en utilizar términos difíciles hay que pedirle que explique su significado en términos legos. Debido a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos y al poder del conocimiento experto, el litigante, al presentar al perito en el juicio, debe tener especial cuidado en destacar cómo la apreciación de los hechos por él presentados, así como las opiniones por él vertidas, exigen de un conocimiento especializado, en donde la mirada común del lego resulta abiertamente insuficiente para su adecuada comprensión.

Es importante hacerle ver al tribunal que ellos también están en la categoría de legos respecto de dicho conocimiento, por lo que, si le creen al perito, deberán preferir sus conclusiones técnicas a las que los propios jueces puedan detentar en forma autónoma.

Es importante el control del examen con la finalidad de evitar que los peritos dicten cátedra o aporten más datos que los solicitados.

540 Las reglas de litigación del contraexamen de peritos imponen exigencias de preparación, ya que la efectividad del contraexamen obliga a interiorizarse en los conocimientos del experto. Ello supondrá la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar su trabajo en el contraexamen. Pero cuidado, el contraexamen de un experto, es siempre un ejercicio extremadamente complicado, todas las destrezas se ponen a prueba al contraexaminar peritos

541 Tiene por finalidad aclarar las dudas que hubieran surgido en el contra interrogatorio; o bien, rehabilitar al testigo impugnado, o sea devolverle credibilidad mediante prueba de su carácter o sobre el contenido de su testimonio para explicar o negar la prueba impugnatoria. El re-directo se lleva a cabo bajo las mismas reglas pautas del interrogatorio directo.

En todo este periodo de testimonios son de vital importancia las objeciones, dado que, son un medio para ejercer el derecho de contradicción. En términos generales tienen por finalidad permitir que el juicio se adecue a los principios de buena fe, lealtad y presunción de inocencia. Para Castro Ospina cumplen las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad, esto es que no provenga del interrogador; b) evitar la introducción de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas o repetitivas; y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas.⁵⁴²

Doctrinalmente, las preguntas que pueden ser materia de objeciones en el juicio oral son: capciosas, impertinentes, sugestivas, conclusivas, que soliciten opinión a un testigo lego, confusas, ambiguas, vagas, ininteligibles, especulativas, argumentativas, compuestas, repetidas, tendenciosas, prohibidas, que vulneran la excepción de declarar, referidas a un testimonio de oídas, que tergiversen la prueba, perentorias, que incluyen amenazas, coacciones o premios, que tiendan a ofender al declarante.

Luego se continúa con la actuación de la prueba documentada, así como documental. En donde, la primera consiste en la lectura o reproducción de aquellas diligencias realizadas con anterioridad al juicio oral y que han sido documentadas o registradas en la respectiva acta o video, y que la ley adjetiva permite su valoración probatoria. En cambio, la prueba documental consiste en el examen de aquellos documentos, públicos o privados, nacidos, usualmente fuera de un proceso judicial y bajo las reglas de la ajeneidad y de la autenticidad.

Posteriormente, se pasa al desahogo de la prueba material, la cual consiste en los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio; en ese sentido, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

Finalmente, se pasa al desahogo de los demás medios de prueba, como puede ser una inspección o reconstrucción ordenada por el Juez o Tribunal del Juicio Oral; asimismo el análisis de la prueba indiciaria o circunstancial, así como, las denominadas pruebas supervenientes, como las de refutación. En suma, se pasa a la actuación de cualquier otro medio probatorio, observándose los principios de libertad de prueba y de adecuación.

C. NIVEL CONCLUSIVO

En este punto, luego del debate probatorio, el abogado debe sugerir conclusiones al juez de conocimiento acerca de la prueba presentada, mostrándole de qué

542 Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra. "CINCO ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 84.

manera cada prueba e información se conjuga para probar sus proposiciones fácticas y hacer creíble su *teoría del caso*.

Es en este momento es en que se dará unidad y coherencia al relato que se ha venido construyendo a lo largo del juzgamiento, ya que con él se busca iluminar el juicio del juzgador acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de donde se puede extraer que diga eso.

El momento procesal donde opera este nivel conclusivo es en los alegatos finales, donde se brinda los argumentos al juez que le permitan concluir que los hechos probados se subsumen perfectamente o se corresponden exactamente con el análisis jurídico o la proposición jurídica que se le presentó.⁵⁴³

En este momento el abogado debe demostrar un perfecto conocimiento y dominio del caso e inferir, a través del raciocinio, el significado jurídico de los hechos probados. Además, debe desplegar su entusiasmo con el lenguaje verbal y no verbal, con el fin de proyectar seguridad y firmeza en sus conclusiones.

En el alegato final la teoría del caso deja de ser un planteamiento para convertirse en la verdad que debe ser declarada. Lo que fueron promesas en la declaración inicial son ahora la verdad material establecida en el debate.

RECUERDA

La exposición del caso durante la audiencia del juicio oral no significa que en las audiencias anteriores a la misma, las partes no vayan sin un caso que plantear; la única diferencia estriba en que, la audiencia del debate oral es la antesala para el dictado de la sentencia, tornándose más exigente el modo en cómo transmitimos nuestro caso y lo sustentamos a través del material probatorio,

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A.A.V.V “La dimensión fáctica del discurso y su evaluación”. En: *Lecturas complementarias*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia y USAID, Bogotá, 2003.

ANTONIOTTI, Daniel. *Oralidad y argumentación en el proceso penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

543 DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. “TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO– MANUAL GENERAL PARA OPERADORES JURÍDICOS”, Editorial Qubecor World, Bogotá, 2003, p. 179.

- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo. *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- BAILEY, Francis Lee. *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa, México, 2008.
- BAYTELMAN, Andrés / DUCE, Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Editorial Alternativa, Lima, 2005.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Comentarios al nuevo Código de procedimientos penales del Estado de México*", Tomo I, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.
- BODES TORRES, Jorge. *El juicio oral. Doctrina y experiencias*, Flores editor, México, 2010.
- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. *Oralidad, debate y argumentación*, 2da. Reimpresión, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.
- CANTU CERNA, Napoleón. *Técnicas del juicio oral en el sistema penal de Nuevo León*", Comité de Reforma del Sistema de Justicia de Nueva León, Monterrey, 2004.
- CARBONELL, Miguel. *Los juicios orales en México*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- CARMONA CASTILLO, Gerardo. *Juicio oral penal. Reforma procesal penal de Oaxaca*, Editorial Andrés Bello, Oaxaca, 2008.
- CASANUEVA REGUART, Sergio. *Juicio oral. Teoría y práctica*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- CRUZ ARENHART, Sergio. "La oralidad en la justicia. El caso brasileño". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 14, Nº 02, Universidad de Talca, Talca, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- JAUCHEN, Eduardo. *El juicio oral en el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2008.
- MAGRO SERVET, Vicente. *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, 2da. Edición, Editorial Actualidad, Madrid, 2009.
- MEDINA, Miguel Antonio. *Juicio oral en materia penal*, Editorial Virtudes, Buenos Aires, 2002.
- MENDIZABAL BERMUDEZ, Gabriela. *Hacia los juicios orales en el Estado de Morelos*, Universidad Autónoma de Morelos, Morelos, 2009.
- ORONOS SANTANA, Carlos Mateo. *El juicio oral en México y en Iberoamérica*, 2da. Edición, Cárdenas Blasco Editores, México, 2006.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David / BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral penal. Técnica y estrategias de litigación oral*", Flores Editor y Distribuidor S.A de C.V., México, 2009.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Enrique. "Juicio oral". En: *Revista Mexicana de Justicia*, Enero-Junio, México, 2005.

RIOS, Carlos Ignacio. *El juicio oral*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2007.

SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José. *Juicio oral en el proceso penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

ANEXO

CASO PRÁCTICO PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

HECHOS:

El 06 de abril del 2010 a las 6:30 am, el señor Jaime Torres Torres, venía conduciendo un vehículo tipo tracto-camión, marca Keenword, modelo 1991, color blanco, Placa: MX 99072, servicio de carga, del estado de Michoacán, de propiedad de Everardo Ramírez Ramírez.

En ese sentido, cuando venía conduciendo por la Carretera Toluca-Tenango (al frente del tianguis de vehículos de Metepec), Estado de México, le cierra un vehículo, tipo Dodge neón, color gris, placa: HEU8781, estado de Guerrero, conducido por Edgar Cruz Cruz y en el asiento del copiloto estaba Gerardo López López, viéndose Jaime Torres Torres obligado a detener la marcha del tracto-camión, quedando estacionado frente al vehículo Dodge. Es así que, desciende del vehículo Dodge la persona de Gerardo López López, quien portaba una pistola en su mano derecha, e igualmente bajó Edgar Cruz Cruz, quien le muestra a Jaime Torres Torre una placa de la Policía Federal y una pistola.

Haciéndose pasar como federales, le obligan a bajar a Jaime Torres Torres del tracto-camión y lo suben en el asiento trasero del vehículo Dodge, quedando el tracto camión en marcha y con las luces encendidas.

Es así, que Jaime Torres Torres, precisa que fue amagado con una pistola, sin recordar características de la misma, con la finalidad de intimidarlo; es así que lo pasan en el asiento del copiloto –del vehículo Dodge– y con una gorra beisbolera le tapan los ojos; por lo que, llorándoles, le pide que no le haga daño, por lo que cooperó y se estuvo pasivo.

Posteriormente, lo trasladan a la ciudad de México; donde, en un terreno baldío ubicado en la Colonia Lomas, Delegación Cuajimalpa, abandonan al chofer, a las 7:30 am, del mismo día. Asimismo,

Jaime Torres Torres señala que Edgar Cruz Cruz y Gerardo López López se llevaron su celular, marca Nokia.

En ese sentido, Jaime Torres Torres, luego de ser liberado, corrió aproximadamente 100 metros y solicita ayuda a un policía del Distrito Federal de nombre: Jorge Manuel Oviedo Oviedo, quien solicitó a su vez apoyo a otros compañeros: José Luis Ortega Ortega y Galindo Hernández Hernández, quienes por la información brindada por Jaime Torres Torres inician la persecución del vehículo Dodge.

En esa inteligencia, a las 7:50 AM se percatan de la presencia del citado vehículo, con circulación en la carretera México-Toluca, dándoles alcance en el kilómetro 15 y medio de la citada carretera, procediendo a la detención de los ahora indiciados. En donde, al realizar la respectiva revisión del vehículo Dodge, encuentran el celular, marca Nokia, de Jaime Torres Torres.

Posteriormente, son presentados al Ministerio Público desconcentrada de Cuajimalpa a las 10:45 horas, y puestos a disposición al juzgado (Centro Preventivo): el 07 de abril, a las 19:15 horas.

Se hace mención, que hasta la fecha se desconoce la ubicación del tracto-camión.

Datos de prueba:

Los datos de prueba que el Ministerio Público cuenta son:

- Entrevista de Jaime Torres Torres.
- Entrevista de Everardo Ramírez Ramírez.
- Entrevista de los oficiales remitentes: Jorge Manuel Oviedo Oviedo, Luis Ortega Ortega y Galindo Hernández Hernández.
- Entrevista de Gerardo López López.
- Entrevista de Edgar Cruz Cruz.
- Factura y contrato de compraventa del tracto-camión.
- Inspección del tracto-camión.
- Fotografías del tracto-camión.
- Inspección del vehículo Dodge neón.
- Fotografías del vehículo Dodge neón.
- Pericia materia de valuación comercial automotriz.
- Inspección del celular, marca Nokia.
- Huellas dactilares de los detenidos
- Fotografía de los detenidos.
- Antecedentes de los indiciados, con resultado negativo.
- Los requisitos de procedibilidad han sido cumplidos.