

La imputación en el proceso penal. Hacia una teoría pragmática del delito

HESBERT BENAVENTE CHORRES

Instituto Mexicano de Estudios
Consultoría en Derecho (INMEXIUS)

RESUMEN

Desde la perspectiva de la reforma del proceso penal latinoamericana, explicamos lo referente a un «modelo imputativo», dado que, el delito al ser definido como la imputación de la inobservancia de la norma de comportamiento, encuentra su pragmática en un proceso penal donde la fiscalía al formular imputación no solamente está formalizando la investigación preparatoria sino que está formando el objeto del proceso penal; es decir, desde la imputación podemos transitar del Derecho penal sustantivo al procesal y como es una imputación desde los hechos se requiere de una «teoría pragmática del delito»; tránsito y contenido que se desarrolla en el presente estudio.

Palabras claves: *teoría de las normas, teoría del delito, imputación, proceso penal, Latinoamérica.*

ABSTRACT

From the perspective of the reform of the Latin American criminal process, we explain what refers to an «imputational model», given that the crime, being defined as the imputation of non-observance of the norm of behavior, finds its pragmatics in a criminal process where the prosecution formulating an imputation is not only formalizing the preparatory investigation but is forming the object of the criminal process; that is to say, from the imputation we can move from substantive to procedural criminal law and since it is an imputation from the facts, a “pragmatic theory of crime” is required; transit and content that is developed in the present study.

Key words: *theory of norms, theory of crime, imputation, criminal process, Latin America.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La pragmática de la imputación penal.–3. Conclusiones.–4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el debate hispano-alemán gira en torno a la relación que presentan los siguientes modelos teóricos: (a) teoría de la norma y (b) teoría de la imputación; la coherencia relacional (1) que los mismos presentan ha conllevado que se afirme la presencia del denominado principio de imputación, sea en su versión individualizada a uno de los niveles analíticos del delito o bien en su versión de ratio *essendi* de la noción de delito (2) e incluso, y refiriéndonos al campo del aspecto objetivo del tipo penal, la superación del dogma o principio de causalidad (3).

(1) Este criterio permite distinguir el tipo de relación según el grado de proximidad temática entre los eventos vinculados: «si los eventos comparten un tópico, hablamos de relaciones de adyacencia y si, aparte de eso, un evento implica el otro, hablamos de relaciones de causalidad» (IBÁÑEZ/MONCADA/SANTANA, 2015: 57); el sentido temático predominante es el de causalidad o implicancia, esto es, si se imputa responsabilidad penal es (implicancia) por la infracción de una norma penal (de comportamiento, conducta o primaria), infracción que justificaría la aplicación de la norma de sanción (secundaria) por parte del juzgador. La expresión «causalidad» utilizada en esta nota no la equiparamos con su sentido en la teoría del delito, al respecto véase la nota 03.

(2) Sin embargo, es necesario precisar el doble sentido de la imputación en la teoría del delito; así, por un lado, se cuenta (1) con la imputación individualizadora, esto es, según el elemento analítico del delito que se esté estudiando, así se habla de imputación objetiva para los elementos objetivos del tipo penal (que a su vez se diferencia en el modelo de imputación del resultado: Roxin, del modelo de imputación del comportamiento: Jakobs y Frisch) e imputación subjetiva que se refiere a la atribución del dolo o la culpa (que, en el caso del dolo, presenta diferentes modelos explicativos: volitivo psicológico, volitivo normativo, cognitivo psicológico y cognitivo normativo), reservándose, según Mir Puig, la expresión imputación personal a la adscripción de los elementos de la culpabilidad; y, por otro lado, (2) con la imputación totalizadora o generalizada que se refiere al juicio de adscripción de todos los elementos de la responsabilidad penal a través de un conjunto de criterios (usualmente identificados como *imputatio facti e imputatio iuris*) que justifica la imposición de la sanción penal (HRUSCHKA, KINDHÄUSER y MAÑALICH).

(3) Cuando se afirma que la imputación ha superado la causalidad, es una expresión identificada en los estudios de la denominada imputación objetiva: «el propio con-

En ese contexto, es lógico señalar que el Derecho se fundamenta en la teoría de la norma, la cual, en el contexto jurídico-penal gira – aunque no excluyentemente (4) – en la imposición de una sanción a aquel infractor cuya conducta antinormativa es catalogada como delito.

Ahora bien, consideramos que con la expresión: «imputación» conseguimos el tránsito del Derecho penal sustantivo (cuya dogmática se expresa principalmente en la teoría del delito) al Derecho penal adjetivo (cuyo equivalente dogmático es la teoría del proceso). En efecto, la infracción de la norma jurídico-penal, trascendiendo a la afectación de un bien jurídico tutelado por la ley, conlleva la imputación de un ilícito penal, la cual al ser comunicada por el órgano acusador al juez (sea en un modelo imputativo o en un modelo acusatorio (5)), y luego de escuchar a la defensa del imputado así como de valorar la prueba actuada en el proceso, emitirá la respectiva sentencia en clave absolutoria o condenatoria, salvo que se haya aplicado un mecanismo alternativo de solución de controversias.

cepto de causalidad – no ya su relevancia – ha sufrido directa y violentamente los embates del concepto de “Imputación” como un serio aspirante a su reemplazo» (PIÑA, 2003: 515); en esa inteligencia, la imputación objetiva ha pasado por las siguientes fases evolutivas: (1) la corrección de la causalidad a través del criterio de perseguibilidad objetiva de una finalidad (HONIG); (2) la depuración de todo vestigio ontológico en la imputación objetiva, a través del denominado principio del riesgo (ROXIN); y, (3) la continuación del giro funcionalista o normativista señalado en el punto anterior expresado, en un primer momento, por la infracción del rol social, y ahora caracterizado por la infracción de deberes jurídicos negativos y/o positivos (JAKOBS y PAWLIK).

(4) Nuestra expresión se refiere a no desconocer que en el marco del proceso penal se busca la correcta gestión del conflicto penal, no solamente a través de la pena, sino también en la aplicación de los mecanismos alternativos propio de la justicia restaurativa, sin ignorar el principio de oportunidad, el cual conlleva el no ejercicio de la acción penal o el fencimiento de la ya ejercida (MERCADO/BENAVENTE, 2010: 57-70).

(5) En Latinoamérica, identificamos aquel modelo que exige del fiscal una formulación de imputación para formalizar la investigación y cuyo contenido fáctico la acusación está obligada a observar; a este esquema procesal la hemos denominado modelo imputativo y que opera en países como México, donde la fiscalía formula imputación en la audiencia inicial, y después de escuchar a la defensa, el juez de control resuelve en torno al dictado del auto de vinculación a proceso, la imposición de medida cautelar y la fijación del plazo para el cierre de la investigación, siendo el caso que, el artículo 335.º del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano ha dispuesto que al cerrarse la investigación, la fiscalía formulará su requerimiento de acusación, el cual solo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso, el cual es producto de la formulación de imputación antes mencionada. En cambio, el modelo acusatorio es aquel que postula que es con la acusación, al concluir la investigación, en donde la fiscalía imputa la comisión de un delito; es el caso del sistema venezolano, en donde el numeral 3) del artículo 326.º del Código Orgánico Procesal Penal ha establecido que la acusación deberá contener los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan.

En suma, este artículo analizará qué se entiende por imputación y cómo su concepto permite vincular la teoría del delito con la dinámica del proceso penal, es decir: la imputación desde una teoría pragmática del delito revestida por los principios y reglas del proceso penal.

2. LA PRAGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

En la teoría del Derecho se ha reconocido que el Derecho es un sistema de mandatos y prohibiciones, es decir, de normas (6). En el ámbito del Derecho penal, Silva ha indicado que el injusto debería tener alguna relación con una determinada concepción previa acerca de la norma, que el injusto – de algún modo – negaría (7). En cambio, Sánchez-Ostiz lo entiende en un sentido más amplio, esto es, que el concepto de norma es condición para poder entender la teoría del delito como una manifestación de una teoría general de la acción humana (8).

En esa inteligencia, Sánchez-Ostiz emplea la perspectiva fenomenológica para definir a la norma como una «propuesta para regir la agencia» (9) y cuyo destinatario es el sujeto racional. Asimismo, y recurriendo a la perspectiva analítica, precisa la necesidad de entender: (1) la norma como ley, (2) la norma como regla y (3) la norma como pauta (10).

Al respecto, y porque lo consideramos relevante en nuestro estudio, resaltamos la norma como pauta, la cual va dirigido al juzgador para efecto que realice un ejercicio de medición y valoración en torno si el agente ha

(6) Raz resaltó que una de las características del Derecho es su carácter normativo, esto es, que el Derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana (1980: 03).

(7) Al respecto, ha identificado cuatro conceptos distintos de norma: «(1) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de esta; (ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); (iii) un concepto de norma como directiva de conducta para imputables e imputables; y (iv) un concepto de norma como directiva de conducta dirigida solo a imputables, los únicos que podrían infringirla». (SILVA, 2014: 05-06).

(8) «y, por consiguiente, al comportamiento como momento antinormativo, como decisión de infracción, adoptada por el sujeto; lo cual supone entender que la norma cuenta con la capacidad de dirigirse del destinatario y que la atribución de conocimiento y voluntad al agente es algo más que un requisito formal: es la clave para entender al sujeto como agente». (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2014: 20).

(9) Es un concepto que planteó en su conferencia virtual: «teoría de las normas», expuesta en el *Seminario Internacional de Investigaciones en Derecho Penal*, organizado por el Poder Judicial de Mendoza (Argentina) y celebrada el 9 de julio de 2020.

(10) *Idem*.

infringido la norma como regla (11). Así, para Sánchez-Ostiz lo que se procura es la aplicación de los principios y reglas jurídicas, así como las normas penales y extrapenales, constitucionales e infra-constitucionales, siendo el ámbito de la norma como pauta más amplia que la norma de sanción (únicamente, en el entendido nuestro, como operación silogística formal no axiológica o en su defecto la consecuencia jurídica conectada a un supuesto de hecho (12)), pero manteniéndose la finalidad de la aplicación de la ley al suceso: *applicatio legis ad factum* (13).

(11) La «pauta» también ha sido empleada por Sánchez-Ostiz para analizar la libertad antropológica: «Parto de la base de que el ser humano se rige por normas o pautas... esta normatividad presupone que se puede imputar el proceso en el que alguien se ve inmerso, no como mero suceso, sino como un hecho, pues la presencia de una pauta en el momento de actuar permite afirmar que se ha obrado conforme, o contra, o más allá de la norma en cuestión... Por tanto, la libertad del agente apela a la existencia de pautas (normas) y estas presuponen la imputación... De donde deriva que obrar es emplear pautas, y las pautas suponen opciones. Por lo que el actuar no es algo determinado». (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2018: 122).

(12) Es el contexto del binomio norma de comportamiento / norma de sanción, en donde la primera supone un mandato o una prohibición dirigida al individuo, para que este haga o no haga lo prescrito por la norma; por su parte, la segunda es aquella dirigida a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, quienes deberán imponer una sanción en caso de la inobservancia de la norma de conducta (al respecto, consúltese: SILVA, 2010:505). Ahora bien, la amplitud antes señalada obedecería al dato que la norma sanción se deduce directamente del Código Penal, en cambio la norma como pauta recurre incluso a principios constitucionales para justificar la valoración del juez en torno a la infracción de la norma como regla; en contra, Robles quien afirma que: «Ni las normas de conducta, ni las de sanción aparecen formuladas directamente en los enunciados legales. De estos únicamente se extraen protonormas de sanción y protonormas de conducta» (2019: 08). En ese sentido, opinamos que la amplitud de la norma como pauta de Sánchez-Ostiz coincide con la posición de Robles en torno a no equipararlo con la literalidad de la ley penal (en clave de la operación silogística formal no axiológica o como la consecuencia jurídica conectada a un supuesto de hecho), para ello señalamos como ejemplo el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano, el cual dispone: «... Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación», esta enunciado es una pauta para el juzgador a la hora de aplicar las medidas de seguridad para aquellos inimputables que presentan, por la lesividad de su hecho para los bienes jurídico-penalmente protegidos, peligrosidad objetiva, donde la directriz implica la observancia de principios como la dignidad, humanidad y prevención, los cuales tienen en el Perú rango constitucional: artículos 1.º y 139.º constitucional, no limitándose el razonamiento judicial a la infracción de la norma como juicio hipotético, sino que, la operación de subsunción normativa se vea favorecida por el argumento principalista.

(13) En el modelo de Hruschka se distinguen las reglas de comportamiento de las reglas de imputación, y en estas últimas identifica un doble nivel: la *imputatio facti imputatio facti* y la *imputatio iuris*; así, el hecho antijurídico (producto de la *applicatio legis ad factum*) es presupuesto para ingresar a la imputación de segundo nivel o imputatio iuris: «La imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho... Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho» (1994:350). En cam-

En ese sentido, las pautas normativas que requiere el juzgador solamente adquieren sentido a través de la pragmática del proceso penal; es decir, «la teoría del delito imputada» (14) por el órgano acusador quien asume la carga de la prueba, para efecto que el juez, respetando las garantías propias al debido proceso (entre ellas el derecho de defensa), emita pronunciamiento de fondo o bien se recurra a los mecanismos alternativos de resolución de controversias; ello, debe originar la revisión de aquellos textos legales que regulan la exposición de la «teoría del caso» en la audiencia de juicio oral, convirtiendo la técnica o la estrategia en norma (15).

Por lo que, son varios los tipos de pautas que tendrá que atender el juez y no únicamente a la norma de sanción (en el sentido de entenderla como la consecuencia jurídica conectada al supuesto de hecho o bien de operación silogística formal no axiológica); y en esa inteligencia, una de las pautas centrales es la existencia real de un conjunto de hechos con sentido delictivo imputado al probable autor del mismo, sin soslayar la presencia de partícipes (16). En ese orden de ideas, la

bio, opinamos que Sánchez-Ostiz equipara la *applicatio legis ad factum* a todo el juicio retrospectivo que realiza el juzgador: «las respectivas normas en juego (prohibiciones, prescripciones y permisiones) que operan en prospectiva son empleadas en la retrospectiva por el juzgador –el juez, el propio agente o un tercero– como baremo de medición. Hablamos entonces de tipos comisivos, tipos omisivos y tipos de causas de justificación, respectivamente» (2014: 44).

(14) Esta expresión debe ser entendida como una contestación para aquellos que comentaron, en el contexto latinoamericano, que la teoría del caso ha venido a sustituir a la teoría del delito y por ende es lo que debe ser explicada, incluso emocionalmente, en el proceso penal; así, citamos a DONDE quien (desde el contexto de la reforma constitucional mexicana la cual estableció que el proceso penal es acusatorio y oral en el primer párrafo del artículo 20.º constitucional) mencionó lo siguiente: «La reforma constitucional de 18 de Junio de 2008 ha condenado al desuso a la teoría del delito» (2012: 06). Tan desafortunado es el comentario que no merece mayor atención, solamente agregamos que la teoría del caso es un constructo argumentacional que no se limita a las tradicionales preguntas socráticas del qué, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué, sino debe corresponder a la relación dialéctica de las teorías del hecho, del delito, y sus consecuencias jurídicas, así como de la prueba, generando líneas de investigación y de litigación, según el estadio procesal en que nos encontremos, que logren gestionar el conflicto a través del esclarecimiento de los hechos, la reparación del daño y, sobre todo, el respeto a los derechos humanos (al respecto, consúltese: BENAVENTE, 2011:20 y ss.).

(15) Ello se aprecia en el artículo 371.º del Código Procesal Penal colombiano, así como en los artículos 367.º y 369.º del texto adjetivo panameño.

(16) Por conjunto de hechos delictivos nos estamos refiriendo a aquella acción u omisión (conducta humana) que ha afectado a bienes jurídicos protegidos penalmente y que por la responsabilidad subjetiva que presentaría su autor conlleva la imposición de una sanción penal, sin perjuicio que en el proceso penal se aplique una salida alterna prevista en la ley y que coadyuve a una correcta gestión del conflicto

imputación de los hechos debe obedecer a una concreta tipificación previa de la conducta, permitiendo comprender cómo se actualizan los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la tipificación; pero a su vez, la imputación desde los hechos deba permitir ser contestada, esto es refutada por la defensa, al invocar las causales de exclusión de la responsabilidad penal prevista en la ley.

Ahora bien, no se ignora el actual debate en torno si con la relación entre la teoría de las normas con las reglas de imputación se tendría que reformular lo que entendemos por injusto y culpabilidad (17). Lo cierto es que la mencionada reformulación no puede oponerse a lo establecido en la legislación (con especial atención a los principios constitucionales), pero sobre todo que pueda conectarse con las categorías probatorias, cuya valoración judicial a través de la sana crítica permitirá establecer la relación entre los enunciados fácticos probados y la respuesta jurídico-penal (18).

jurídico-penal; lo señalado dota de sentido cuando nos referimos que el delito es la infracción de la norma de comportamiento, porque tales normas conectan comportamientos humanos y la protección de bienes jurídicos penalmente tutelados: «Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos». (MOLINA, 2000: 195); ahora bien, cuando el Prof. Molina señala que la norma de sanción refuerza las normas primarias de comportamiento creando un contexto favorable a su cumplimiento (2001: 873), ello no es incompatible con lo señalado al inicio de la presente nota en torno a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, a menos que se considere que la justicia restaurativa no refuerza las normas primarias de conducta, lo cual por una razón consecuencialista (la cual entendemos que no se reduce al utilitarismo) no sería correcto.

(17) Aunque tampoco se ignora que ante la aparición de un nuevo «paradigma» se vuelve a colocar en la mesa de la discusión la necesidad de reformular la teoría del delito; así, cuando Jakobs asume su teoría de la imputación a través de la acción culpable (subjetiva o moralmente voluntaria) de Hegel a través de la infracción de la norma cuyos únicos destinatarios son los imputables, originó que uno de sus discípulos Heiko Lesch afirmase que la culpabilidad jurídico-penal, injusto penal y hecho punible solo son sinónimos que pueden ser adecuadamente reformulados en un sistema funcional del Derecho penal (1999: 207). Asimismo, en el caso de Mañalich, quien al definir el delito como el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento (2011: 90), identifica al delito doloso consumado como la figura paradigmática de imputación «ordinaria», dejando al delito tentado, así como al delito imprudente, los cuales tienen en común que son «sendas formas de error», el criterio de imputación «extraordinaria» (2019: 297 y 305 nota 41).

(18) Nos referimos que la teoría del delito es quien se adecúa a la potencia probatoria de los hechos, por ende el concepto jurídico que se maneje en torno a la conducta, al injusto y a la culpabilidad, incluyéndose las causales de exclusión debe tener probabilidad fáctico-probatoria, de lo contrario no sería útil para justificar el razonamiento judicial; por ejemplo, en el caso del dolo, Corcoy señala «que no tiene

Al respecto, vamos a desarrollar nuestra perspectiva titulada como «la pragmática de la imputación penal» (sin que la expresión *pragmática* denote la ausencia de necesidad de desarrollar las capacidades reflexivas propias del pensamiento abstracto, pero sin que se entienda que nos adherimos a la corriente analítica, lingüística o semántica del delito), tomando como referencia el ordenamiento jurídico peruano.

En primer lugar, el artículo 1.º de la Constitución peruana ha establecido que la defensa de la persona humana y *el respeto de su dignidad* son el fin supremo de la sociedad y el Estado (19); y siendo que el Derecho penal es el instrumento de sanción pública por excelencia, su utilización por parte del Estado solamente se justifica para proteger a la persona humana definida tanto en su dimensión individual como colectiva (20); sin embargo, la sanción impuesta por aplicación del Derecho penal no puede afectar el respeto de la dignidad del sentenciado (que entendemos es otra persona humana), constituyendo la norma constitucional citada en la principal pauta para el juzgador, como el equivalente a la *directiva primaria* (21).

ningún sentido exigir un elemento en el dolo que luego no pueda ser apreciado» (2008: 264).

(19) Entre las fuentes de influencia de la norma constitucional debemos de citar al artículo 1.1 de la Ley Fundamental alemana de 1949, el cual coloca la «dignidad humana» como basamento de los derechos fundamentales, siendo deber del Estado su protección.

(20) Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la persona es un «ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y miembro de una comunidad de seres libres» (STC 2868-2004-PA/TC).

(21) Son varias las declaraciones internacionales que mencionan la dignidad humana, solo como ejemplos citamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005. Asimismo, tampoco se ignoran aquellos estudios como de Macklin y Pinker sobre el escepticismo ante la dignidad, los cuales García critica al precisar que no existen razones suficientes «para descartar el concepto como inútil ni como estúpido, porque, primero, el que haya de descartarse el parloteo sobre la dignidad no implica que no pueda elaborarse un discurso significativo y fundamentado sobre ella» (2009: 47). Sin embargo, ¿la autonomía constituye el adecuado fundamento de la dignidad? Al respecto, Kant señalaba que «La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional... la idea de la dignidad de un ser racional es que no obedece a ninguna ley que aquella que él se da a sí mismo» (1983: 48-49); en esa inteligencia, Atienza plantea contextualizar la definición recordando los tres imperativos categóricos kantiano: universalidad (igualdad), dignidad como autonomía y libertad como autonomía y así «verlos como dimensiones distintas de una misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a la otra» (2009: 92-93), pero esta *vuelta a Kant* como una especie de *vuelta a la razón*, que incluso conllevaría al absurdo de afirmar que los no kantianos no utilizan el argumento racional para justificar una postura, presenta inconvenientes; en primer lugar, porque la ética autónoma nos lleva a conducirnos por la vida sin

importar las consecuencias, sino el motivo o el cómo: ¿quién podrá decir lo que a uno le beneficia?, lo cual es propio de una racionalidad sin límites, ni criterios, lo que permitiría confundirla con irresponsabilidad; y esta falta de límites ha originado que Atienza vaya incluso contra el propio criterio kantiano de sujeto moral como sujeto racional, al señalar que lo que importa en la dignidad es, por ejemplo, la capacidad de sentir: «supongamos... que aparecieran seres que no pertenecieran biológicamente a la especie humana... pero que estuvieran dotados de sensibilidad, de inteligencia, de capacidad de decidir, etc... ¿Sería esa una razón suficiente para negarles dignidad, esto es, para no tratarlos como a los seres humanos? No lo parece» (2009: 84), y como tal capacidad de sentir lo tienen los animales, entonces el paso siguiente de Atienza es reconocerles dignidad: «Por ejemplo, si los chimpancés compartes con nosotros más del 99% del genoma (y poseen capacidades mentales que en muchos aspectos se asemejan a las nuestras), quizás no fuera absurdo pensar que también poseen algo de dignidad, o que la poseen en un grado inferior a los seres humanos» (2009: 84); de esta última cita, Atienza concluye que la dignidad es gradual: «Las consecuencias normativas serían, entonces, distintas, según el grado de dignidad que se poseyera. Así, los seres humanos (en cuanto dotados de dignidad en sentido pleno) serían titulares de todos los derechos fundamentales, mientras que a ciertas clases de animales podrían reconocérseles el derecho a la vida o a no ser tratados de manera cruel pero, obviamente, no los derechos políticos o las libertades públicas» (2009: 85); en ese contexto, el de afirmar que el animal X tiene el derecho Y pero no el derecho Z realmente no es una gradualidad sino un no reconocimiento, lo que conllevaría a cuestionar la *universalidad de la dignidad* que es un imperativo categórico kantiano que Atienza, como vimos en las citas anteriores, no está dispuesto a abandonar; pero al final lo abandona al precisar que entre los seres humanos también es posible una distinción en cuanto al grado de dignidad: «Se podría fijar un umbral a partir del cual el concepto dejara de ser borroso, esto es, la dignidad se poseyera en forma plena, de la misma manera que, por ejemplo, se podría establecer que a partir de 1,80 centímetros se es alto sin más, mientras que, hasta llegar ahí, podríamos admitir que alguien puede aproximarse en grados distintos, más o menos, a ser alto» (2009: 85 nota 11); ahora hablamos de superar un umbral (que sabrá Dios cuál es) para que las personas humanas tengamos una dignidad plena y que al no superarlo seríamos equivalentes a los animales: ¿y si me considero perro y quiero que me traten como perro, quién podrá exigirme responsabilidad humana?, a ello nos referimos al acto de conducirnos por la vida sin importar las consecuencias; claro está que el reconocimiento de que somos diferentes no es un atentado a la dignidad, tendría uno que ser ingenuo en no reconocer que no existen dos personas humanas idénticas, pero ello no nos hace más dignos o menos dignos que otros; cuestión distinta es reconocer que existen grados de afectación a la dignidad que justifica un sistema diferenciado de responsabilidad y de sanciones. En segundo lugar, esta clase de racionalidad desconoce la riqueza ontológica de la persona humana; así, para el Tribunal Constitucional peruano: «La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales» (STC 0011-2002-AI/TC, fj. 09) y «no puede perder su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa, por ejemplo, o cuando se encuentra sometida a una especial situación jurídica a consecuencia del ejercicio, por parte del Estado, de su poder punitivo» (STC 4903-2005-PHC/TC, fj. 08); frente a ello, la razón moral de la dignidad y libertad no tiene por qué constituirse en adversario de las razones culturales y políticas identificadas en el discurso jurídico, cuestión aparte sería la razón antropológica dado la necesidad de equiparar o superar la libertad como «adquisición evolutiva de la

En segundo lugar, el artículo 44.º de la Constitución peruana ha señalado que es deber primordial del Estado el de garantizar la plena vigencia de los *derechos humanos*, así como proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que los derechos humanos (22) deben ser concebidos como *bienes jurídicos*: «Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa» (STC 1417-2005-PA/TC, fj. 10). El citado marco constitucional dota de sentido al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano (CPP), el cual ha establecido que: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley» (23).

Sin embargo, debemos matizar que la dignidad y los derechos humanos, primera y segunda directiva, no se reducen al individualismo humano; por el contrario, la persona humana es social por naturaleza, afirmándose que su individualidad no alcanza la perfección sino en sociabilidad, y a través de esta última se construye la cultura, y con la cultura la suma de las demás instituciones (24); por tanto, no

especie» (FERNÁNDEZ, 2013: 127) o la razón fenomenológica como libertad básica (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2018).

(22) Entendemos los derechos humanos como el «conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización» (CASTILLO, 2009: 31). Asimismo, no es suficiente proclamar la dignidad y la libertad para llegar a una igualdad real, dado que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio; ello constituye el aspecto teleológico del Estado social y democrático de Derecho (STC 0008-2003-AI/TC, fj. 12 Perú), cuya presencia se justifica en una realidad imperfecta con necesidades y carencias sociales (desde esta plataforma podemos analizar la exclusión social y hasta qué punto el castigo penal se encuentra justificado).

(23) Nos queda claro la necesidad que la doctrina postule los rasgos esenciales que permitan identificar al bien jurídico protegido y con criterios, no solamente lógicos, sino también axiológicos, su afectación por el comportamiento humano. En esa inteligencia, su equiparación al concepto de derechos humanos, en un sentido positivo, tendría la fuerza del reconocimiento de la comunidad jurídica internacional y la concreción de un ámbito restrictivo que incluso haría crítica al funcionamiento de sub-sistemas sociales (como el económico o la administración pública) como objeto de merecimiento de la tutela pena; pero, por el lado negativo, la necesidad de construir el significado de lo que se entiende por derechos humanos sigue latente.

(24) En la conversación por redes sociales que mantuvimos con el profesor costarricense José Daniel Hidalgo Murillo, el citado docente manifestó lo siguiente: «no comprendemos la sociedad y a la persona en esa sociedad si no partimos de la naturaleza social... si la persona es social por naturaleza, no puede la autoridad –sea

compartimos el concepto de Jakobs en torno a la identidad normativa de la sociedad (25), donde la persona humana se ve diluida en la sociedad, cuando lo cierto es que la persona humana construye y se construye (se reconoce) en sociedad (26).

En tercer lugar, el numeral 4) del artículo 159° de la Constitución peruana permite inferir la necesidad de la *investigación oficial del delito*, la cual, por mandato constitucional su dirección recae en el Ministerio Público. Al respecto, ¿qué debemos de entender por delito? El artículo 11° CPp lo ha definido como la acción u omisión (27) dolosa o culposa penada por la ley, por lo que, la imputación que se postule en el proceso penal gira en torno a un conjunto de circunstancias de tiempo, modo y lugar que se adecúa a los elementos de un determinado tipo penal, cuyo autor (así como el partícipe) presenta responsabilidad subjetiva (28); asumiendo el órgano quien imputa la carga de la prueba de la existencia de tales circuns-

quien sea— asumir el derecho de sancionar cuando ha asumido la obligación de educar, de formar, de construir sociedad».

(25) No se ignora que para Jakobs la «sociedad es la construcción de un contexto de comunicación», agregando que «la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad» (1996: 18 y 26). Tal planteamiento ha sido criticado como propio de un Derecho abstracto que se entiende con el sujeto ideal mas no con el sujeto real (SILVA, 2006:04), lo que, probablemente ha motivado a Jakobs el referirse al miedo (*Angst*) de las personas: «en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire» (2006: 139).

(26) «El singular ahora debe imputar el respeto de que goza por sus operaciones según estándares socioculturales, no al todo colectivo, sino referirlo positivamente a sí mismo. Por eso en las condiciones modificadas, la experiencia de la valoración social va unida a una seguridad sentida de poder realizar operaciones o de poseer capacidades que son reconocidas por los demás miembros de la sociedad como valiosas» (HONNETH, 1997:158).

(27) Nos referimos al comportamiento humano, dado que, en el Perú a las personas jurídicas no se les ha reconocido capacidad para la responsabilidad penal; en esa inteligencia, la Ley 30424, su reglamento, así como su modificatoria a través de la Ley 30835, señalan una responsabilidad administrativa; frente a ello, la piedra angular sigue siendo la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 104.° CPp. Sin embargo, no se ignoran las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105.° CPp, no obstante, y así lo señaló la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 07-2009, el Juez puede no imponerlas, por ejemplo, cuando el Fiscal no las ha solicitado o habiéndolo hecho, el juzgador considere que es intrascendente el nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, considerando desproporcional la aplicación de las mencionadas consecuencias.

(28) De conformidad con el artículo VII del Título Preliminar CPp queda proscribida la responsabilidad objetiva.

tancia (29); carga que se espera se cumpla en función a lo obtenido mediante las diligencias de investigación.

Frente al citado marco se entiende que es la fiscalía quien debe imputar los «hechos procesados» (30) como delito, acompañando los elementos de convicción necesarios que al ser relacionados y valorados mediante la sana crítica (31), permitan inferir la infracción dolosa o culposa de deberes o expectativas jurídico-penales (32), que a su vez

(29) Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano de 2004.

(30) Debemos reconocer los aportes de los filósofos analíticos para la teoría del delito, dado que, al admitir que el Derecho descansa en juicios axiológicos no se opone, ni debería hacerlo, a los juicios lógicos o formales: «de la posesión de una cantidad determinada de datos se concluye, con ayuda de una regla, la presencia del hecho procesado» (KINDHÄUSER, 2014: 06). Por otro lado, no se ignora la siguiente cita de Binding: “Wir wollen nicht Soziologie, nicht Rhetorik, sondern Jurisprudenz treiben” (1965: 483) pero ¿cómo practicamos jurisprudencia? Al respecto, Kindhäuser indica que el hecho procesado viene determinado por un juicio de valor, donde su punto de partida son las propiedades convencionales: «un estado de cosas real solo se convierte en hecho a través de su interpretación lingüística» (2014: 05); en ese sentido, no hay discusión de que la interpretación jurídica dota de significado a los enunciados normativos, pero opinamos que la referencia lingüística requiere de un sustrato tanto antropológico como filosófico, ocupando la razón moral un lugar en la interpretación del jurista, sin caer en la ingenuidad del neo-constitucionalismo que el mejor operador es aquel que pondera más o que cita más veces los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

(31) El criterio de valoración propio para el juicio por jurado como es la duda razonable en absoluto brinda un mejor marco de valoración probatoria como la sana crítica, la cual es una epistemología normativizada en reglas que no son ajenas al carácter ético y deontológico del Derecho (BENAVENTE, 2015: 365); sin embargo, no nos referimos a las seis formulaciones del estándar de prueba de FERRER (2018: 404 y ss.) que tampoco supera a la sana crítica, en sí y al menos para Latinoamérica, el razonamiento probatorio de la escuela de Girona no nos conduce a nada nuevo, es suficiente un operador atento a las reglas normativas que en interpretación sistemática y con la perspectiva relacional de los medios de prueba, podrá explicar el ejercicio de razonamiento empleado: *la práctica judicial permite una mejor comprensión de las reglas normativas y la utilidad de los esquemas teóricos que se proponen*.

(32) Aquí seguimos la posición de Feijoo, quien luego de examinar lo indeterminado de recurrir al criterio del rol social postula que: «el único rol que interesa en Derecho penal es el de las expectativas del ordenamiento jurídico-penal en una determinada situación. Para ello las expectativas que existan en otros subsistemas sociales (otras ramas del Derecho, mercado, etc.) no operan más que como criterios de ayuda para determinar la permisón o tipicidad de determinadas conductas» (2007: 69). Sin embargo, aclaramos que la coincidencia gira en torno al recurso de la infracción de las expectativas jurídico-penales en un contexto de imputación global de los elementos del injusto, pero no en su postura en torno a una responsabilidad penal de las personas jurídicas, y no porque el Derecho positivo peruano no se la reconozca, sino porque no es necesario: un Derecho penal que se entiende con comportamientos humanos torna razonable las categorías del actuar en lugar de otro o bien en las reglas de imputación del empresario y, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios

han ocasionado la afectación del respectivo bien jurídico penal (33), generándose como producto la actualización de un determinado tipo

que asuma la persona jurídica, suficiente con recurrir a las reglas de responsabilidad civil subsidiaria: *no todas las empresas, el juez en lo penal las va ir disolviendo, en cambio, en donde exista un hecho victimizante señalado en la ley como delito, entonces hay una reparación económica del daño que asumir, cuya cuantificación, claro está, descansa en afirmaciones fácticas probadas* (BENAVENTE, 2020: 10 y ss.); frente a ello, no compartimos estructuras argumentativas como la autorresponsabilidad de las personas jurídicas, sea a través de concepciones analíticas como el de French quien al señalar que las empresas se convierten en agentes morales capaces de acción colectiva en función lingüística de la estructura de decisión corporativa interna (GÓMEZ-JARA, 2009a: 92-95), nos conduce el ocultar al real agente: la persona humana, «el análisis de la acción a través del lenguaje se centra solamente en la comunicación y no en el sujeto al que se refiere la misma» (CIGÜELA, 2015: 32); tampoco argumentos del paradigma sociológico-funcional nos conduce al Derecho real, al etiquetar a las personas jurídicas como «ciudadanos» empresariales, quienes presentarían con sus acciones delictivas una falta de fidelidad al Derecho, esto es, una «cultura empresarial de no cumplimiento del Derecho» (GÓMEZ-JARA, 2009b: 351); pero no nos debe causar sorpresa, debido a que, si solamente con la capacidad de sentir dotamos de dignidad a toda especie humana y no humana, y desde allí una gradualidad de derechos que en el mejor de los casos conlleva a la presencia de un ser superior a las mismas especies, quien nos dice que los derechos 1, 2 y 3 se les reconoce a las especies A y B, en cambio los derechos 1, 2, 3, 4 *ad infinitum* se les reconoce a la especie Z (recorriendo un camino peligroso de selectividad de los derechos que también puede darse en una misma especie como la humana), entonces qué más da modificar el concepto «ciudadano», despersonalizándolo de su relación con el orden político, levantándose de nuevo ese ser superior quien nos dice si las empresas son ciudadanos de derechos civiles y políticos o de derechos sociales, económicos y culturales; simplemente absurdo; por otro lado, tampoco es de recibo la heteroresponsabilidad de las personas jurídicas, incluso en su versión moderada, esto es, que la consecuencia jurídico-penal a imponerse no descansa en una culpabilidad por el hecho ajeno sino en un injusto no culpable por el hecho ajeno: «Solamente es posible verificar en la persona jurídica con base en la deficiente estructura de la organización un estado de injusto que solamente podría legitimar consecuencias jurídico penales, mas no la imposición de penas» (SILVA, 2012: 32); sin embargo, se difumina el concepto de injusto penal, pudiendo ser cualquier situación de contrariedad con el deber jurídico y «que se han producido solo causalmente incluso por las fuerzas de la naturaleza» (GRACIA, 2016: 08 nota 26); entonces ¿cuál es la situación jurídica de las personas jurídicas? En el caso de las sociedades, no podemos ignorar el acto de aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas (artículo 1.º Ley General de Sociedades peruana), asumiendo la sociedad responsabilidad civil con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe, dejándose a salvo la responsabilidad penal de los socios o administradores –personas físicas– (artículo 12.º Ley General de Sociedades peruana); por tanto, se insiste, que en el proceso penal las empresas asumen responsabilidad civil subsidiaria, dado el interés de que se reparen de manera justa e integral los daños y perjuicios ocasionados por el delito, antes que el Estado asuma los pasivos sociales de estar disolviendo personas jurídicas.

(33) ROBLES nos recuerda el estar atentos en no reducir la afectación en un sentido físico-naturalístico, al indicar lo siguiente: «En efecto, cada vez con más fuerza se entiende el delito como una puesta en cuestión del Derecho, como un ataque

penal, cuya antijuridicidad se ve confirmada por la ausencia de causales de justificación; sin embargo, la antijuridicidad de la conducta no es suficiente para un Derecho penal sustentada en una responsabilidad subjetiva que en su sentido amplio nos conduce al principio de culpabilidad pero también a la identificación en la ley de las causales de su exclusión.

Sin embargo, es a través de la investigación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo comunicadas en la noticia criminal la que establecerá el cuadro fáctico a valorar por la fiscalía y decidir si imputa o no un hecho señalado en la ley como delito. En efecto, la pragmática de la imputación penal exige que la fiscalía fije la base fáctica una vez agotadas las primeras diligencias de investigación (34), que permite inferir una «sospecha reveladora» (35) de un hecho probablemente delictivo, fundamentando el ejercicio público de la acción penal (36).

a la vigencia de la norma, como comportamiento que expresa una negación de derechos y libertades jurídicamente reconocidos» (2015: 31).

(34) No se ignora que la fiscalía requiere de referentes para la construcción de enunciados fácticos con probabilidad delictiva; esos referentes son las pruebas que el fiscal obtendrá de sus diligencias de investigación preliminares; pero, si la propia denuncia acompaña aquel material probatorio con la suficiente potencia para formalizar la investigación, entonces la norma adjetiva autoriza al fiscal que lo haga sin practicar mayores diligencias de investigación; asimismo, piénsese en los detenidos por flagrancia, si el informe policial acompaña el material probatorio pertinente y suficiente para hablar de una sospecha reveladora, el fiscal podrá formalizar la investigación sin ulteriores diligencias.

(35) La Corte Suprema de Justicia peruana en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, precisó, conforme lo señala el artículo 336.º del Código Procesal Penal, que para la sospecha reveladora se requiere contar con hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta delictiva, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel medio de acreditación. En este caso, los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose las vagas indicaciones o livianas sospechas, de tal forma que la formalización de la investigación preparatoria debe apoyarse en datos de valor fáctico que impliquen más que una posibilidad y menos que una certeza, es decir, implica la probabilidad de la existencia de un delito.

(36) En Latinoamérica se pueden identificar los siguientes modelos: a) por decisión escrita de fiscalía sin control judicial, es el caso del Perú donde el Ministerio Público emite la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, de cuyos hechos y personas deberá observar el posterior requerimiento acusatorio; en ese sentido, Perú diferencia un conjunto de peticiones que se discutirán en diferentes audiencias, como son los casos de prisión preventiva, de tutela de derechos ante ambigüedad de la base fáctica señalada en la Disposición de Formalización o de mecanismos técnicos de defensa como es el caso de la excepción por improcedencia de acción; b) por formulación de imputación en audiencia con control judicial; es el caso de México, que a diferencia del Perú, ha preferido la realización de un conjunto de actos procesales en una sola audiencia, denominada «inicial»; así, en la

Ahora bien, la citada sospecha reveladora para nosotros constituye *las bases de la imputación*, la cual consiste en aquellas circunstancias de tiempo, lugar y modo de un hecho probablemente delictivo; circunstancias fácticas cuya verosimilitud será discutida en el proceso penal y resuelto por el órgano jurisdiccional.

En ese sentido, se está ante la precisión de un suceso, de un evento que actualiza un tipo penal. Sin embargo, las bases de la imputación pasan por tres momentos. (1) *La dialéctica informativa*, la cual denota el conocimiento, revisión, descarte y aceptación de enunciados fácticos de acuerdo con lo que se vaya obteniendo de la investigación; por ende, resulta vital el planteamiento metodológico que adopte la fiscalía para el adecuado esclarecimiento de los hechos (37). Este primer momento parte de la premisa de la necesidad de corroborar un testimonio o declaración, que puede ser la de la víctima o de un testigo, corroboración que se debe realizar mediante la criminalística y las ciencias forenses, que inclusive examinarán los documentos, objetos y todo indicio aportado a la investigación. Ello también se le puede denominar *la criminalística del testimonio*.

(2) *La construcción de las afirmaciones fácticas*; esto es, el producto del procesamiento de la información obtenida de las fuentes de prueba; implica la capacidad del fiscal en valorar lo obtenido en dos escenarios: a) el poder fijar las circunstancias de tiempo, lugar y modo catalogados como el suceso o el evento; y, b) el poder relacionar las circunstancias fácticas con las fuentes de prueba, esto es, que los hechos que va a imputar deben ser susceptibles de ser probados o

referida audiencia se dará el control de la detención, la formulación de imputación, el dictado del auto de vinculación a proceso (el cual refleja el control judicial de lo formulado por la fiscalía), la conclusión anticipada del proceso (a través de las figuras de la suspensión condicional del proceso a prueba o bien a través del procedimiento abreviado), o en su defecto fijar medidas cautelares así como el plazo de cierre de la investigación; todo ello, con el agregado que la acusación deberá observar los hechos y las personas señaladas en el auto de vinculación a proceso; c) por la acusación; es el caso de Venezuela, que a diferencia de los otros modelos no obliga que el requerimiento acusatorio respete una base fáctica anteriormente planteada, así como, el control judicial operaría en la etapa intermedia. Al respecto, consideramos que el modelo mexicano presenta más virtudes que la peruana o la venezolana, porque en la audiencia inicial, la defensa puede realizar ejercicios de contradicción para que no se abra un proceso penal, pero si se abre, tenga la garantía de que no se va a variar la cuestión fáctica previamente conocida, debatida y controlada mediante resolución judicial.

(37) Al respecto, es importante lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 321° del Código Procesal Penal peruano, el cual ha dispuesto lo siguiente: «El Fiscal, mediante una Disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección».

demostrados, teniendo en mente de no forzar las categorías probatorias que origine calificar el caso ya no de inverosímil, sino de absurdo. Es evidente que este segundo momento nos brinda capacidad para contestar interrogantes tales como: qué ocurrió, cómo ocurrió, quién lo hizo, contra quién lo hizo, cuándo, dónde, por qué y para qué ocurrió.

(3) *La relevancia de la conducta*; en efecto, el suceso construido debe atraer como el «imán» un determinado tipo penal; en esa lógica, se debe recordar que una de las funciones de la acción es que sirva de puente o enlace con el juicio de tipicidad, dado que, ello revelará la relevancia jurídico-penal del caso. Ahora bien, en este tercer momento, el fiscal pueda trabajar la lógica propia de la estratificación del delito o bien la que opera en la estratificación de la imputación, máxime si el Código Penal peruano solamente se ha limitado en señalar, en el artículo 11°, que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

Ahora bien, sobre la relevancia de la conducta tenemos que incidir de la siguiente forma: puede ser que estén completas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como, se cuenten con los medios para probarlos, pero capaz el conflicto no sea de carácter penal, teniendo que resolverse en otras vías judiciales; por ejemplo, piénsese en la reacción que de manera pública haya expresado la esposa que ha observado la infidelidad del esposo: en ese sentido, que la fiscalía considere si existe un delito contra la seguridad y tranquilidad pública, al ocasionar la esposa una congestión vehicular por el “show” que le hizo al esposo, o bien procesarla por violencia familiar, en su modalidad psicológica, porque por más adúltero que sea el cónyuge, no merece que en la vía pública le hayan expuesto como infiel, constituye una innecesaria carga de trabajo, cuando el conflicto puede resolverse en la vía civil o familiar: divorcio con indemnización, tenencia de los hijos menores, régimen de visitas, pensión de alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales

Si se cumplen con los tres momentos: (1) dialéctica informativa, (2) construcción de los enunciados fácticos y (3) relevancia jurídico-penal, entonces la fiscalía cuenta con las bases de imputación completas, las cuales le permitirán contestar las siguientes preguntas: 1. ¿Qué ocurrió? 2. ¿Cómo ocurrió? 3. ¿Quién lo hizo? 4. ¿A quién afectó? 5. ¿Cuándo ocurrió? 6. ¿Dónde ocurrió? 7. ¿Por qué se realizó la conducta? 8. ¿Para qué se realizó la conducta? 9. ¿Se puede probar? 10. ¿Las pruebas han sido obtenidas con violación a derechos humanos? 11. ¿Actualiza un tipo penal?

Sin embargo, las bases de la imputación requieren ser complementadas, por un lado, con la competencia del agente; y por otro lado, con

las consecuencias de la imputación. En esa inteligencia, por competencia del agente implica el demérito de la conducta del sujeto por haber infringido un deber jurídico penal que subyace al pragma típico y que conlleva la afectación de un bien jurídico tutelado por la ley. El demérito de la conducta se ve fundamentado con la aplicación de las reglas de imputación del injusto, así como de la imputación subjetiva o de la culpabilidad (38), las cuales se aplican en el cuadro fáctico corroborado de manera criminalística y forense. Por otro lado, y con relación a las consecuencias de la imputación, tenemos el estudio de la pena, de la medida de seguridad, de la reparación civil y las consecuencias accesorias para las personas jurídicas (modelo que aún se aplica en la legislación peruana) (39).

Asimismo, en cuarto lugar, el numeral 4) del artículo 139.º de la Constitución peruana ha establecido el principio de no ser privado del *derecho de defensa* en ningún estado del proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado lo siguiente: «El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés» (STC 05085-2006-PA/TC, fj. 05).

(38) Como la explicación de las citadas reglas (creación de un riesgo no permitido, prohibición de regreso, principio de confianza, fin de protección de la norma, lo conocido, lo previsible, entre otras) exceden el objeto del presente artículo, nos remitimos: BENAVENTE, 2007: 189-243; BENAVENTE, 2011:24-45.

(39) El órgano que efectúa la imputación penal lo que procura es que se le imponga al agente una consecuencia legal debido a su conducta ilícita; sería un contrasentido evidenciar un hecho que la ley señala como delito, sin tomar en cuenta las consecuencias legales. En esa inteligencia, identificamos las siguientes consecuencias de la imputación: a) la aplicación de una sanción penal, incluyendo si el caso lo amerita una medida de seguridad; b) la reparación civil, por los daños y perjuicios surgidos por la comisión del evento delictivo; y, c) la fijación de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, en la medida de que no sea suficiente su responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal. Ahora bien, es una idea equivocada el considerar que la introducción de tales consecuencias opera en la acusación, una vez cerrada la investigación; por el contrario, las mismas forman parte del principio de imputación o principio imputativo; así, en el caso de las personas jurídicas, si se pretende imponerles consecuencias accesorias o el pago de la reparación de los daños entonces la formulación de la imputación o formalización de la investigación deberá mencionar un cuadro fáctico que vincule a la persona jurídica en un accionar delictivo y en los daños que la misma ha generado, debido a que, se está fijando la litis, respetándose de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa.

El derecho de defensa como ejercicio de contradicción presenta diferentes materializaciones, como ejemplos tenemos el de aportación probatoria (40), el de contra-examen epistémico (41) así como el de refutación argumentacional (42), todos ellos destinados a refutar las bases de la imputación penal (43), incluyendo la competencia de la imputación, (44) así como las consecuencias de la imputación (45); actividad que como bien señalaba la norma constitucional peruana puede darse en cualquier etapa del proceso penal y no únicamente en la audiencia de juicio oral.

Ahora bien, desde un enfoque pragmático de la teoría del delito, la defensa puede postular que el imputado al obrar por disposición de la ley no incurre en conducta antijurídica alguna (numeral 8) del artículo 20.º CPP), claro está que tendrá que explicar cómo el actuar de su patrocinado no ha originado la infracción de deber jurídico alguno (46), sin

(40) «El derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, [el derecho] a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito [...]» (STC 06712-2005/HC/TC, f. 15 Perú).

(41) «El principio de contradicción es la garantía procesal por excelencia, porque es a través de este que el defensor tiene la posibilidad de refutar la veracidad de la prueba del ministerio público, sometiendo a un riguroso contrainterrogatorio al órgano de prueba de que se trate: ofendido, testigo, perito, policía de investigación. Esto se traduce en el principio del que habla Popper: falsacionismo –racionalismo crítico–». (PONCE, 2019: 84).

(42) Aquí podemos trabajar la clásica taxonomía de: (a) cuestionamiento negativo, traducido en el error de hecho o en la apreciación de la prueba y error de derecho o en las categorías jurídico-penales sustantivas, así como procesales, incurridas en la imputación; y, (b) cuestionamiento positivo, traducido en la actualización de causales de exclusión de responsabilidad jurídico-penal o de causales de exclusión probatoria.

(43) Implica la construcción de aquellas afirmaciones fácticas relevantes para el castigo penal a través de la información obtenida de las fuentes de prueba.

(44) Consiste en atribuir la conducta a aquella persona que por haber infringido el rol o deber genérico o específico identificado y explicado, es competente para asumir las consecuencias jurídico-penales.

(45) Es la aplicación de una sanción penal, incluyendo si el caso lo amerita una medida de seguridad, así como, la reparación civil, por los daños y perjuicios surgidos por la comisión del evento delictivo, además de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

(46) Al respecto, la doctrina ha trabajado diferentes modelos de exclusión del injusto, ya sea desde la imputación objetiva hasta las causales de justificación. A modo de ejemplos, citamos las cinco reglas de imputación objetiva planteadas por GIMBERNAT: (1) el fin de protección de la norma, (2) la exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta, (3) el consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la

que ello implique la inversión de la carga de la prueba; para ello, podrá invocar las reglas de exclusión sea del injusto o de la culpabilidad (47).

En quinto lugar, el numeral 5) del artículo 139.º de la Constitución peruana se requiere la *motivación de las resoluciones judiciales*

imputación objetiva, (4) los casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero y, (5) el comportamiento alternativo conforme a Derecho (2013: 37-48); también resulta práctico lo planteado por MARAVER (2009) quien, desde el principio de autorresponsabilidad limita la intervención delictiva de terceros para efecto que se satisfaga los siguientes dos criterios: (1) la presencia de una posición de garante por parte del tercero y ante su ausencia la aplicación de la prohibición de regreso y, (2) que el garante haya infringido el deber de cuidado o en su defecto invocar el principio de confianza.

(47) Si se puede o no afirmar la presencia de un injusto no culpable nos conduce al debate entre Ihering y Merkel, a lo que también tenemos que agregar el debate en torno al destinatario de la norma y el caso del inimputable; durante gran parte del siglo xx, Latinoamérica fue ajena a tales discusiones debido a la influencia ejercida por la traducción al español de la obra de Liszt quien, por una razón pragmática, al trabajar la idea de lesividad como fundamento de la antijuridicidad justificó la imposición de medidas de seguridad al inimputable, dejando la pena cuando el sujeto además es culpable, esto es, presenta una relación psicológica con el hecho, de esta manera justificó su sistema de doble vía. En la actualidad, al desarrollarse una teoría general de la imputación, la doctrina nos coloca como antecedentes los trabajos de imputación previos a Liszt y por ende la actualización de las arenas de discusión indicadas al inicio de la presente nota. En ese orden de ideas, Vacchelli afirma lo siguiente: «De lo anterior resulta que un entendimiento imperativista de la norma de comportamiento y un concepto funcional de la norma de sanción no solo conducen a la misma crítica de la antijuridicidad no culpable, sino que además son articulables en un único planteamiento normológico en el que la culpabilidad acaba emergiendo como auténtico núcleo del injusto» (2018: 256). Para Omar Palermo, las consecuencias sistemáticas de la distinción entre justificación y exculpación se encuentran actualmente puestas en tela de juicio, pero sí resultaría decisiva aquella distinción para la generación de deberes de tolerancia, según la situación de necesidad esté justificada o exculpada: en las situaciones justificadas, la víctima de la acción justificada debe si no tolerar, al menos no repeler la intervención del necesitado en su ámbito de organización (no puede reaccionar en legítima defensa o estado de necesidad defensivo); mientras que si la situación es de exculpación, la víctima de la intervención no estaría obligada a tolerar ese comportamiento, pudiendo reaccionar justificadamente (2010: 125). Al respecto, opinamos que el fundamento del injusto en la lesividad del acto para el bien jurídico no solamente encuentra su justificación en la aplicación de la medida de seguridad para el inimputable, sino también para la responsabilidad del partícipe a través de la observancia del principio de accesoriadad limitada e incluso para fundamentar la legítima defensa como instrumento para repeler razonablemente una agresión ilegítima; claro está que si se invoca para la intervención delictiva el principio de accesoriadad máxima (VACCHELLI) o la culpabilidad como presupuesto de la agresión en la legítima defensa (PALERMO), entonces no tendría espacio el referirnos a un injusto no culpable; en suma, dependerá de los presupuestos configuradores de las instituciones jurídico-penales para tomar partido por alguno de los extremos del debate.

en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Mediante el citado principio, el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8 constitucional), tampoco puede aplicar la analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (artículo 139.9 constitucional), así como la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11 constitucional).

Ahora bien, en la actualidad los estudios en torno a la motivación de la resolución judicial, en especial la sentencia, se encuadran en el denominado razonamiento probatorio, siendo uno de sus tópicos el estándar de prueba. En esa inteligencia, el estándar de prueba lo definimos como la plasmación por parte del juez de los diferentes tipos de razonamiento que la ley ha establecido, para efecto de declarar como probado una afirmación fáctica, (entendiéndose por probada cuando la afirmación presenta certeza o al menos altas probabilidades de dar cuenta de lo que en realidad sucedió), para luego ingresar al respectivo análisis normativo (48).

En ese sentido, el artículo 158.º numeral 1) del Código Procesal Penal peruano dispone lo siguiente: «En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados». La norma en cita refuerza nuestra postura que el estándar probatorio es una razón metodológica que justifica el resultado, entendido este último, en tener o no por acreditadas las afirmaciones fácticas materia de proceso, esencialmente las de corte acusatorias, y que a la postre conducirá a la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria.

(48) Para GONZÁLEZ LAGIER (2018), se pueden observar tres tipos de razonamientos. Al primero, cuyo enlace es de carácter empírico, lo denomina *inferencia probatoria empírica*; en ese sentido, el enlace o conexión es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos. Al segundo tipo de razonamiento lo denomina *inferencia probatoria normativa*, porque la conexión son normas (de origen legislativo o jurisprudencial), que establecen que si se dan hechos descritos en las premisas (el hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (el hecho consecuencia). Por último, al razonamiento con enlaces establecidos por definiciones o reglas conceptuales lo denomina: *inferencia probatoria interpretativa*; estos conceptos que actúan como enlace o conexión establecen que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis cuentan como una cierta categoría de hechos.

En ese orden de ideas, y sin perder de vista el artículo anteriormente citado, la razón metodológica es el ejercicio de tipos de razonamiento, los cuales son: el razonamiento lógico y epistémico; el primero, sencillo de identificar mediante la expresión normativa: «... el juez deberá observar las reglas de la lógica...»; el segundo, también se puede identificar a través de la siguiente expresión normativa: «... la ciencia y las máximas de la experiencia...». No obstante, observamos la necesidad de un tercer tipo de razonamiento, esto es, el dogmático, dado que, a la hora de construir afirmaciones fácticas susceptibles de ser probadas, con las reglas de la lógica y la ciencia, son en la medida que tales afirmaciones hagan referencia a un delito; de lo contrario, se perdería toda relevancia jurídico-penal, siendo innecesario un proceso punitivo.

Por tanto, si hemos señalado que la motivación judicial gira en torno a las premisas fácticas, probatorias y jurídicas, las mismas requieren de un razonamiento por parte del juez, en el cual aplique las reglas de la lógica (razonamiento lógico), de la ciencia (razonamiento epistémico), así como de la teoría del delito y de la pena (razonamiento dogmático); claro está, que desarrollar los citados tipos de razonamiento desbordaría el objetivo del presente artículo.

3. CONCLUSIONES

¿Qué se discute en el proceso penal? La imputación en torno a que la persona física ha cometido un delito; para ello se requiere la construcción de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de aquel suceso que dotamos de sentido delictivo, y que a su vez presenten la cualidad de ser demostrada a través de los medios flanqueados por la ley.

¿La imputación que se formula en el proceso penal es la misma imputación que se analiza en la teoría del delito? Así es, porque la formulación de categorías abstractas propias del razonamiento dogmático es lo que el órgano acusador utilizará para «procesar» el evento y atribuirle el carácter de delictivo, finalizando con aquel juzgador que, luego de valorar los resultados obtenidos del ejercicio de contradicción planteado por la defensa y de realizar un juicio en torno a la verdad histórica, dictará la respectiva de resolución de fondo, la misma donde se expresará el razonamiento lógico, epistémico y dogmático realizado.

Finalmente, es con la imputación donde transitamos desde el Derecho penal sustantivo al procesal y, al definir la imputación como

el conjunto de «hechos procesados» (49) podemos trabajar en el proceso penal una teoría pragmática del delito, que en absoluto se opone a las categorías probatorias y a los ejercicios de razonamiento; pero que, en definitiva y al menos pensándose en la reforma latinoamericana en materia procesal penal, nos conduce a formular un modelo imputativo, el cual y como ocurre en México y Perú, no opera en la etapa intermedia con el requerimiento acusatorio, sino con la formulación de imputación como acto, que no solamente formaliza la investigación preparatoria sino que judicializa el objeto del proceso punitivo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, 2009, pp. 73-93.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La omisión. Concepto e imputación objetiva*, Buenos Aires, 2007.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso*, Barcelona, 2011.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*, Barcelona, 2015.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La víctima, imputación del daño y el peritaje en evaluación de daños en el proceso penal acusatorio. Superando el concepto de daños no pecuniarios por su no cuantificación económica*, México, 2020.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Aalen, 1965.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., «La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho», *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, 2009, pp. 31-72.
- CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Buenos Aires, 2008.
- DONDÉ MATUTE, J., «Crítica a la teoría del delito: bases para su destrucción», *Dogmática penal y teoría del delito*, 2012, pp. 04-13.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.

(49) Sin embargo, no nos limitamos a la función lingüística del procesamiento como si lo hace Kindhäuser, sino que también reconocemos la necesidad de recurrir a criterios axiológicos, los cuales no podemos ignorar en sistemas deónticos como el jurídico o al menos en un pensamiento consecuencialista no utilitarista.

- FERRER BELTRÁN, J., «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea», en: *Filosofía del derecho privado*, 2018, pp. 401-429.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., «Culpabilidad y libertad de voluntad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 89-157.
- GARCÍA MANRIQUE, R., «La dignidad y sus dimensiones en la Declaración», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, 2009, pp. 43-63.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 33-87.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, Barcelona, 2009a.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Lima, 2009b.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», *Ponencia presentada en el Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, 2018, pp. 01-19.
- GRACIA MARTIN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 01-95.
- HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, 1997.
- HRUSCHKA, J., «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 343-356.
- IBÁÑEZ ORELLANA, R., / Moncada Mahuelquin, F. / Santana Covarrubias, A. «Organización retórica y relaciones de coherencia en el abstract de biología», *Estudios Filológicos*, 2015, pp. 51-84.
- JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Bogotá, 1996.
- JAKOBS, G., *La pena estatal. Significado y finalidad*, Madrid, 2006.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, 1983.
- KINDHÄUSER, U., «Hechos brutos y elementos normativos del tipo», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2014, pp. 01-24.
- LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999.
- MAÑALICH RAFFO, J., «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», *Revista de Derecho*, 2011, pp. 87-115.
- MAÑALICH RAFFO, J., «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Revista Política Criminal*, 2019, pp. 296-375.
- MARAVÉZ GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Madrid, 2009.

- MERCADO MALDONADO, A., / Benavente Chorres, H. «El Estado en la gestión del conflicto. La reforma del proceso penal en Latinoamérica», *Revista Opinión Jurídica*, 2010, pp. 57-70.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 169-283.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- PALERMO, O., «Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Profesor Silva Sánchez», *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 127-150.
- PIÑA ROCHEFORT, J., «Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, 2003, pp. 515-533.
- PONCE VILLA M., *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*, Querétaro, 2019.
- RAZ, J., *The Concept of a Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, 1980.
- ROBLES PLANAS, R., «La teoría de la imputación objetiva. Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, pp. 19-40.
- ROBLES PLANAS, R., «Normas de conducta», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2019, pp. 01-13.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La libertad del Derecho penal: ¿De qué hablamos cuando decimos libertad?», *Filosofía trascendental, fenomenología y Derecho natural*, 2018, pp. 111-153.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «Del derecho abstracto al derecho real», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2006, pp. 01-06.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2012, pp. 07-36.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «¿Adiós a un concepto unitario injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret, Revista para el análisis* 2014, pp. 01-20.
- VACCHELLI, E., *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, Barcelona, 2018.