

- EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA: UNA GARANTÍA PROCESAL Y SUSTANTIVA A LA VEZ, DERIVADA DEL DISEÑO DE UN SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO Y GARANTISTA

SUMARIO: - A MODO DE APROXIMACIÓN .- 1.- LA SUBSUNCIÓN DEL RELATO FÁCTICO A LOS ALCANCES NORMATIVOS DEL TIPO PENAL 2.- PRECISIÓN DELICTUAL. 3.-CONCURSO DELICTIVO 4.-FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN.

Por: Alonso R. Peña Cabrera Freyre¹

- A MODO DE APROXIMACIÓN

El Proceso Penal tiene que ver con un proceso de atribución, en el sentido de imputar al inculpado², la realización de una conducta típica y penalmente antijurídica, en cuanto a definir si el estado de desvalor y/o la puesta en peligro del bien jurídico³ –de titularidad de la víctima-, pertenece en realidad al ámbito de esfera de organización personal del imputado, sea como autor y/o partícipe; de modo que queden excluidas –de antemano-, aquellas consecuencias perjudiciales, obra del destino, de la causalidad, del

¹ . Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, Docente de la AMAG, Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal, Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en Post-grado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), ex –Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación. Autor de obras de Derecho penal y Derecho procesal penal (Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas; Derecho Penal. Parte Especial. 6 Tomos; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal. 2 Tomos); Derecho Penal Económico; Delitos contra el Patrimonio; Delitos contra el Honor y su conflicto con el Derecho a la Información.

² . La imputación define con toda precisión, cuales son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme los tipos legales que se hace alusión –luego del proceso de adecuación típica-; a partir de la cual nace los derechos elementales de acusación, defensa y contradicción, permitiendo la interposición de una serie de medios de defensa técnica, tendientes a cuestionar la validez de la acción penal y, a su vez, la posibilidad de que el persecutor público pueda solicitar la adopción de medidas de coerción procesal como otras medidas limitativa de derecho; si no es que de dice que modalidad delictiva es la que se imputa al procesado, contando el tipo legal con diversas variantes del injusto, no se cumple con el examen del principio de proporcionalidad.

³ . Provocado por la comisión del hecho punible.

azar u de otro factor concomitante y/o sobreviniente, que hayan podido generar dicho estado desvalor; ello en correspondencia con la estructura basilar de la moderna teoría de la «imputación objetiva»⁴).

De plano, hemos de negar cualquier "imputación" que pretenda construirse desde bases naturalistas u pruamente ontológicas, es decir, el nexo de causalidad ha quedado en el mausoleo de los recuerdos doctrinarios, lo que importa ahora es definir la llamada «relación de riesgo», entre la conducta atribuida al autor y/o partícipe, con el estado de desvalor acaecido o la puesta en peligro del bien jurídico -penalmente tutelado- y, para ello se debe advertir una individuo portador de conciencia y libertad, pues en un mundo gobernado por normas, solo quien ostenta el dominio y control sobre sus actos, susceptibles de exteriorizarse en el mundo fenoménico, puede ser sujeto de responsabilidad penal⁵.

La Corte Constitucional colombiana (C-425 de 1997), dejó sentado que: *"la responsabilidad penal se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad.. el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo"*.

Desde el punto de vista doctrinal la imputación se define como la "atribución, mas o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como consecuencia"⁶. En el Derecho Procesal Penal, la calidad de imputado nace en el momento en que el individuo es señalado como partícipe en un hecho delictivo, sin que ello deba darse por supuesta su culpabilidad, porque un imputado puede ser sobreseído o absuelto, con lo cual desaparecera la imputación. Pero desde que una persona es objeto de ella, tiene derecho a todas las garantías de la defensa en juicio⁷.

⁴ . Cfr., al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, IDEMSA, Lima, 2011.

⁵ . Vide, al respecto Vanegas Villa, P.L.; *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio*, cit., p. 236.

⁶ . Montero Aroca, Gómez Colomer/ Montón Redón/Barona Vilar; *Derecho Jurisdiccional*, T. III, cit., ps. 211-213; citados por Guerrero. P., O.J.; *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo Proceso Penal*, cit., p. 258..

⁷ . Vanegas Villa, P.L. y otros; *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio*, cit., p. 235.

Es decir, a través de la imputación se abre un juicio de atribución sobre una persona, por la presunta comisión de un hecho delictivo, en cuanto a una sospecha vehemente de criminalidad, con arreglo al principio de «intervención indiciaria». Así, Guerrero al sostener que la imputación consiste en una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, de tal manera que la Fiscalía no puede omitir que las categorías fundamentales del derecho penal, esto es, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad no responden únicamente a la labor que debe realizar el juez de conocimiento cuando define la responsabilidad penal, pues la Corte Constitucional las considera como parte integrante del debido proceso⁸.

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, Fundamento 6, indica que: “(...) Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71 NCPP. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2.a). Debe entenderse por cargos penales, aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y, que prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público”. Por su parte, el artículo 286 del CPP colombiano define a la imputación como el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona se calidad de imputado, en audiencia que se llevará a cabo ante el juez de control de garantías”.

De ahí, que se puede decir con toda corrección, que la imputación jurídico-penal, cumple un papel trascendental en el procedimiento penal, no sólo en orden a cautelar las garantías procesales elementales, sino también de garantizar el respeto inescrupuloso del principio de legalidad material – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, de que el relato fáctico –que sirve al persecutor público para construir su hipótesis de incriminación-, se adecue plenamente a los alcances normativos del tipo penal en particular; de no ser así, se promueven persecuciones penales, que finalmente traerán consecuencias indeseables, para con los fines que debe desplegar la Justicia Penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho (*vigencia de la norma, según la efectiva protección de bienes jurídicos*).

⁸ . Guerrero P., O.J.; *Fundamentos Teórico Cosntitucionales...*, cit., p. 263.

Con lo dicho, queremos decir, que el principio de «imputación necesaria» no sólo importa una exigencia que recae sobre los órganos judiciales, sino también sobre el representante del Ministerio Público, máxime, si conforme el nuevo modelo procesal-penal, el principio acusatorio –el cual se vincula directamente con el objeto de estudio-, adquiere un mayor vigor aplicativo. Y, ello lo decimos en todas sus decisiones, no sólo en la formulación de la Acusación, sino también en la formalización de la Investigación Preparatoria; lógicamente, que en este nivel, estamos aún, en un estadio preliminar, donde no se puede predicar certeza alguna sobre la materialidad delictiva y la responsabilidad penal del imputado. No obstante, la exigencia es clara, donde la imputación –aún provisoria-, debe mostrar una definición clara y precisa, sobre los presupuestos de atribución delictiva. Es así, que si no se cumple con ello, el perjudicado puede interponer una Acción de Habeas Corpus o una Audiencia de Tutela de Derechos (Acuerdo Plenario N° 2-2012), siempre y cuando, en un primer momento el imputado haya acudido al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes, en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71.1 NCPP. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante una reiterada falta de respuesta de aquél –que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una o misión fáctica patente o ante un detalle de hechos que con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal (Fundamentos 10 y 11)⁹. Mediando esta decisión cambia de criterio el Tribunal Supremo, pues en el Acuerdo Plenario N° 4-2010,

⁹ . Señalándose líneas adelante, que en este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio y ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería el caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación. De recibo, la formulación de la imputación jurídico-penal comporta una potestad - que en régimen de monopolio- ejerce el persecutor público, por lo que de ningún modo el juzgador puede dejar sin efecto la decisión del primero. La tutela judicial ha de significar únicamente poner en tela de juicio una descripción típica que no se corresponde con la naturaleza de la base fáctica de la imputación o sobre algún elemento componedor de la Teoría del Delito, y, así el Fiscal proceda a su subsanación /o corrección. Sobre esta base, es que el Fiscal ha de proceder a reformular su hipótesis de incriminación, resguardando el principio acusatorio.

había sostenido lo siguiente: "Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar —desde la defensa— una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

A nuestro parecer un tema tan delicado como lo es la afectación al principio de imputación necesaria, debe contar con vías recurrentes, tanto ordinarias como excepcionales, en pos de garantizar su vigencia irrestricta.

De forma, que el principio de «imputación necesaria» se encuentra íntimamente vinculado con las garantías esenciales del debido proceso, con los principios: acusatorio, de defensa¹⁰ y de contradicción, en cuanto a el derecho irrecusable del imputado de conocer con toda precisión y exactitud el delito que se le atribuye haber cometido; (...) la exigencia realizada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales apuntan a que el fiscal debe hacer un traslado de información comprensible (lo que impide las comunicaciones meramente formularias como las que no permiten un cabal entendimiento de aquella) de todas y cada uno de los hechos con características delictivas que

¹⁰ . Vide, al respecto Pedraz Penalva, E.; *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit., p. 252.

le son provisionalmente atribuibles al imputado)¹¹. Así, cuando se postula que las características de las comunicaciones que el fiscal hace al implicado en una investigación penal, para ser válidas debe reunir unas características como son la de ser: concreta, clara, expresa y precisa; además que sus bases deberán estar previa y legalmente integradas en la actuación, antes del acto de comunicación. Pues si el propósito de la imputación es el que el ciudadano involucrado inicie sus actos de defensa, esto puede verse afectado si la información es incompleta, imprecisa, capciosas, y no tiene bases previas de comunicación¹²¹³.

No sólo el principio de «imputación necesaria», se imbrica con las garantías procesales de defensa y contradicción, sino también con la exigencia constitucional de la «debida motivación», pues si en la sentencia (auto) judicial no se especifica e individualiza la imputación jurídico-penal, se afecta el derecho de los justiciables de obtener una decisión fundada en Derecho, donde se explicita con todo rigor argumentativo (fáctico y jurídico), las razones por las cuales se arriba a tal o cual parecer, lo cual determina un menoscabo al derecho que tiene toda persona, de conocer con rayana exactitud los motivos del amparo o del desamparo jurisdiccional.

Es así, que vemos en la sentencia recaída en el Exp. N° 08125-2005-HC, el TC, sostiene que:

"(...), la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

¹¹ . Guerrero P., O.J.; *Fundamentos Teórico Constitucionales...*, cit., p. 266.

¹² . Vanegas Villa, P. y otros; *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio*, cit., p. 237.

¹³ . Así, Reátegui Sánchez, al sostener que (...), el derecho a una imputación concreta no se agota en el conocimiento de esta, ya que puede cumplirse el conocimiento a través de una imputación genérica, lo cual precisamente quiere evitarse. En tal sentido, el conocimiento de los cargos exige algo más: que se especifique de qué clase de delito se trata, qué título de imputación se le asigna: autoría y participación; *Mas sobre el principio...*, cit., p. 221.

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

Poner en conocimiento la conducta criminal que se le atribuye implica, no sólo la existencia de la acusación, sino que, en caso de ser enjuiciado y condenado sin habersele prevenido del afirmado hecho punible por el que se procede contra él, se considerarían violados, además de este mismo derecho, el de defensa, el propio acusatorio y en último extremo el debido proceso¹⁴. Binder anota que una investigación donde el imputado no puede saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas, es absolutamente inconstitucional¹⁵.

Convenimos, por tanto, que el Proceso Penal, tiene que orientar su actividad probatoria, ha determinar con suficiente solvencia y verosimilitud, dos aspectos puntuales a saber: -primero, si es que la conducta atribuida al imputado se ajusta a cabalidad a los contornos normativos del enunciado penal en cuestión, no sólo desde un plano de tipicidad penal, sino también en cuanto a la presencia o no de Causas de Justificación (*precepto permisivo*), pues si la acción u omisión lesiva, obedeció a una conducta permitida por el ordenamiento jurídico, dicha conducta simplemente no puede ser objeto de punición y, segundo, que el imputado es penalmente responsable, que desde términos estrictamente procesales implica si éste fue el autor o no de la

¹⁴ . Pedraz Penalva, E.; *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit., p. 251.

¹⁵ . Binder, A.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 154.

comisión del hecho punible (o *partícipe*), pues el tema de la capacidad de imputabilidad penal determinará la clase de sanción punitiva a imponer¹⁶.

Si es que no se logra comprobar fehacientemente alguno de estos dos componentes, simplemente se deberá absolver al imputado y, ello no sucede necesariamente, por que éste sea verdaderamente un sujeto inocente, sino que a veces ello es fruto de una deficiente imputación jurídico-penal –que formula la Fiscalía-, o por no haberse encauzado las diligencias investigativas pertinentes en la averiguación de los hechos punibles, pues es sabido que la probanza de determinados delitos requiere de la actuación de diligencias especiales. Es en tal merced, que el representante del Ministerio Público, ha de complementar dos cosas de vital importancia: -el manejo depurado de metodologías y técnicas de investigación penal y a su vez, los fundamentos teórico-conceptuales de la Teoría General del Delito y de la Pena.

En el tránsito progresivo de implementación del nuevo CPP, se predicó erróneamente, que los operadores jurídicos, únicamente habrían de perfilar su actuación como "estrategas litigantes"; por ende, los conocimientos del Derecho penal sustantivo, habrían de quedar relegados a un nivel marginal o dígase secundario. Nada más falso a la verdad; ¿De qué sirve el manejo virtuoso de las Técnicas de Litigación Oral al Fiscal, sino ha procedido a formular una adecuada imputación jurídico-penal, en sujeción al principio de legalidad? A lo cual debe responderse, que la escenificación de tales técnicas, se manifiestan principalmente en sede de Juzgamiento, por lo que si la imputación jurídico-penal –que propone el Fiscal-, es cuestionada por la

¹⁶ . Aspecto que no debe dejar duda, de que en el caso de imputados con defectos de organización personal (*inimputables*), de igual manera resulta exigible el estándar probatorio que ha de tomar lugar en el caso de imputados imputables, en cuanto a una mínima actividad probatoria de cargo, susceptible de enervar y/o destruir el principio de presunción de inocencia que constitucionalmente asiste al acusado, sea cual fuere su grado de aprehensión y conducción normativa; es decir, el hecho de que sea un inculpado "inimputable", no quiere decir necesariamente que haya de ser objeto de una sanción punitiva, en tanto los mismos factores que se comprenden en el injusto penal, han de ser aplicados también a dichos agentes, por lo que su probable absolución, puede tomar lugar por falta de pruebas o también ante la concurrencia de una Causa de Justificación (Legítima Defensa); cabe recordar por ello, que la debida separación entre el Injusto y la Culpabilidad, permite a la dogmática jurídico-penal, postular con toda corrección, que los sujetos inimputables pueden cometer delitos. Por consiguiente, la medida de seguridad sólo puede ser dictada en el marco de una sentencia condenatoria, puesto que dicha consecuencia jurídica comporta también una evidente restricción a derechos fundamentales, de forma concreta la libertad personal del imputado, por lo que el hecho de que el internamiento del condenado no sea en una cárcel, sino en un nosocomio, no nos puede llevar a una consideración en contrario; Así Peña Cabrera Freyre; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., ps. 312-320..

defensa de forma exitosa, vía una Excepción de Improcedencia de Acción o a través de una Acción constitucional de garantía (Audiencia de tutela), el caso se cae antes de pasar a la etapa Intermedia. Inclusive, una sentencia de condena –confirmada en segunda instancia–, que no ha cumplido con el principio de imputación necesaria, puede ser objeto de revisión en sede Casatoria, en el marco de aplicación del nuevo CPP, por no estar debidamente motivada.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 00040-2010, la Corte Superior de Justicia de Cusco, indica (Fundamento 4) que: *"El Colegiado comparte la pretensión de la señora Fiscal Superior Adjunta, en el sentido que existe error en la tipificación del hecho imputado y no se subsume al tipo penal previsto en el artículo 185 tipo base con la agravante del artículo 186.6 primer párrafo. Por lo señalado en el considerando precedente al haber ejercido violencia e intimidación los imputados como lo ha señalado la titular de la acción penal pública. Por lo tanto, existe una inidónea tipificación penal por parte del señor Fiscal Provincial. (...) En tal sentido, debe declararse la nulidad absoluta de la sentencia. La nulidad es la declaración de invalidez de un acto procesal que debe ser dispuesta por el órgano jurisdiccional ante la existencia de un vicio en el acto con magnitud suficiente como para que sea necesario privarlo de efectos producidos y a producirse. En las nulidades tácitas la sanción no está prescrita específicamente por la ley, pero debe declararse si el incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla con su finalidad*¹⁷.

Véase algo importante, que la Teoría del Caso, supone la acreditación de cada uno de los elementos constitutivos de la Teoría Jurídica, por lo que la falta de probanza de uno de ellos, determinaría la declaratoria de atipicidad penal de la conducta, al margen de las potestades funcionales que se les otorga a los Tribunales, de proceder de acorde al principio de «desvinculación jurídico-penal».

Por tales motivos, se es categórico, al afirmar que el Proceso Penal continúa siendo el mecanismo que ha arbitrado legalmente el legislador, para la imposición del *ius puniendi* estatal, lo que conlleva que la decisión judicial ha tener que ser una resolución fundada en Derecho, sólo será legítima, si es que recoge con toda rigurosidad los tipos penales perfectamente aplicables

¹⁷ . En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 30, diciembre del 2011, cit., ps. 276-282.

al relato fáctico –que da sostén a la Acusación- y, el título de participación delictiva, que se corresponde con el grado de participación del acusado. Dicha exigencia no sólo tiene que ver con un tema de tipicidad y antijuridicidad penal, sino con la graduación de la pena, conforme a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y de lesividad; pongámoslo con un ejemplo, v. gr., quien sólo le entrega la llave de la casa, a quien ingresará para apoderarse de todos los bienes muebles que encuentre en su paso, no puede ser sancionado con la misma magnitud de pena que la del autor principal así, como quien entrega la información a los secuestradores, en cuanto a las rutas que emplea éste, no puede recibir igual pena, que quienes hacen uso de la violencia, para reducir los mecanismos de defensa del sujeto pasivo; de forma, que decir quien es autor y quien es partícipe, no es un asunto de refinación dogmática, sino un deber de primer nivel, a la luz de un Derecho penal democrático.

A nuestro entender, el principio de «imputación necesaria», trasvasa un plano estrictamente procesal, en cuanto a los principios: acusatorio, de defensa, de contradicción, de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, para penetrar en el núcleo de sustantividad material del Derecho penal, en lo que respecta al principio de legalidad, del sub principio de tipicidad así como del principio de imputación individual; es por eso, que hemos postulado –con conveniencia de política criminal-, la integración sistemática entre ambas ciencias: del Derecho penal sustantivo con el Derecho penal práctico.

Para Reátegui Sánchez, el principio de imputación necesaria, o llamada también concreta, no tiene fundamentos solo desde el punto de vista legal, es decir, desde la legislación procesal penal, sino que también tiene connotación de orden constitucional, desde que sus componentes estructurales (por ejemplo, la legalidad en la tipificación, la motivación de las resoluciones judiciales o fiscales y la efectiva defensa que debe realizar el imputado) están amparados en la Ley Fundamental a través de la interpretación de los artículos 2 inciso 24 parágrafo d) y 139 inciso 14¹⁸.

¹⁸ . Reátegui Sánchez, J.; *Más sobre el principio de Imputación Necesaria*. Gaceta Penal & Procesal Penal, Nº 18, diciembre 2010, cit., p. 218.

1.- LA SUBSUNCIÓN DEL RELATO FÁCTICO A LOS ALCANCES NORMATIVOS DEL TIPO PENAL (TIPICIDAD PENAL)

Es sabido, que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber -aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico -penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión¹⁹²⁰; ello quiere decir, la ineludible exigencia de confrontar en toda su dimensión, el relato fáctico con los alcances normativos del tipo penal. Si de plano estamos ante una conducta incapaz de encuadrarse en los componentes normativos del injusto penal, no puede activarse el aparato persecutorio estatal, por la sencilla razón, de que el Proceso Penal está reservado sólo a aquellos comportamientos, que manifiesten evidencias suficientes de delictuosidad; es algo, en que los operadores jurídicos no escatiman mucho esfuerzo en el país, pues no en pocas ocasiones, desarrollan una exposición fáctica, invocando líneas adelante los dispositivos legales aplicables, sin indicar las razones por las cuales los hechos se subsumen en las figuras delictivas denunciadas, es decir, sin efectuar el proceso de subsunción típica; v. gr., existe un cadáver, evidencias de que la muerte fue producto de una acción humana, mas no se explicita porque es constitutivo de lesiones graves seguidas de muerte y, no un homicidio doloso o culposo²¹.

El TC, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, sostiene que: (...) *se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio*

¹⁹ . En palabras de Bacigalupo, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querrela es, en principio, una operación abstracta, es decir, que no requiere verificar si los hechos realmente han ocurrido o no. Dicho de otra manera, el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción respecto de los hechos se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los mismos; *Derecho Penal y Estado de Derecho*, cit., p. 221.

²⁰ . Cortés Domínguez, subraya que (...) se imputa a una persona determinada la comisión de unos hechos concretos, que o bien tienen apariencia delictiva o bien de ellos se tiene un razonable indicio de comisión y de criminalidad; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 144.

²¹ . O en su defecto, que se trata de unas lesiones graves y no de una tentativa de homicidio; nótese, que en este ejemplo, es el componente subjetivo del injusto lo que tiende a trascender en la tipificación elegida.

constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales".

Debe recordarse que el sub-principio de «tipicidad», es el primer nivel a examinar, siguiendo el orden preclusivo de las categorías dogmática contenidas en la «Teoría del Delito», cuya adecuada definición podrá garantizar algunas veces, una probable y/o segura punición, de quien con su obrar antijurídico ha lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico amparado por la norma penal.

Entendemos que el arquetipo del nuevo CPP, permite al Fiscal formular imputaciones delictivas subsidiarias y/o alternativas²², mas ello no lo exime del deber acusado, por su indisoluble intimación con las garantías esenciales materiales y procesales de un Sistema Penal democrático y garantista.

En la doctrina nacional se apunta que la imputación concreta exige casi un esfuerzo por definir *ex ante* los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado, se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del

²² . Así, el artículo 336.2 y 349.3 del nuevo CPP.

imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a los largo de todo el proceso penal²³.

Cuando a un individuo se le condena por un tipo penal, por el cual no tuvo la oportunidad de defenderse y de refutar los argumentos de la incriminación fiscal, a la par que se quebrantan garantías procesales –de consagración constitucional-, de conmueve también los garantías cardinales del Derecho penal, cuando la tipificación no se corresponde con la naturaleza del relato fáctico; así, cuando se condena al acusado como co-autor del delito de Robo agravado, cuando su intervención tomo lugar cuando el bien mueble ya había sido despojado al sujeto pasivo (*mediando el empleo de violencia y/o amenaza*) de forma definitiva, limitándose a esconder el objeto del delito, a fin de comercializarlo en el mercado negro (*receptación*); cuando se condena a la inculpada como co-autora y/o cómplice de un delito de Asesinato, por haber trasladado el cadáver a un lugar inubicable por las agencias de persecución penal, o; en el supuesto del Contador y/o Asesor legal de una entidad pública, que es sancionado como autor y/o co-autor del tipo penal de Peculado, cuando no tiene la cualidad *funcionarial de custodio, receptor y/o administrador, esto es, no ostenta con la disponibilidad jurídica de los fondos públicos, debiendo ser incriminado a título de cómplice primario*, lo cual repercute en el monto de pena a imponer, puesto que al final se le determina una pena igual que la del Alcalde, quien sí detenta la relación funcional con los caudales y/o efectos, tal como se desprende del tenor literal del artículo 387º del CP²⁴.

De forma grosera, si lo podemos decir de algún modo, cuando se condena a la "Secretaria" del Alcalde como "autora" del delito de Peculado o de Malversación de Fondos, cuando ésta lo que hace únicamente es de redactar las órdenes que le emite su superior jerárquico; desprovista de todo vínculo material con el objeto material del delito que permita una imputación jurídico-penal de tal calibre, sin defecto de que pueda asumir responsabilidad

²³ . Reátegui Sánchez, J.; *Mas sobre el principio de Imputación Necesaria*, cit., p. 220.

²⁴ . Si bien el artículo 25º de la PG del CP, hace alusión a una equivalencia punitiva de la sanción del cómplice primario en relación con el autor, no es menos cierto, que los principios de proporcionalidad y de culpabilidad han de ser tomados en cuenta, en orden a cautelar la razonabilidad de la reacción penal, máxime, ante injusto penales que requieren de ser ciertas condiciones especiales para ser considerado "autor", como sucede en los delitos estrictamente *funcionariales*, donde el fundamento material del injusto sólo puede ser quebrantado por aquellos revestidos de las funciones que la legalidad exige para ello.

penal como cómplice primaria o secundaria. Es a tal efecto, que debe remarcarse la relevancia, de proceder siempre, a una interpretación material y, no formal de los tipos penales.

A todo esto debe partirse de una premisa fundamental: una vez que el delito se consume, ya no se admiten formas de participación delictiva²⁵, con la excepción del delito Permanente²⁶, sin defecto de poder identificarse una responsabilidad penal por un título delictivo independiente –como autor- (Lavado de Activos²⁷). Y, si del autor (*protagonista principal*) -se trata-, su intervención ha de manifestarse necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, en la medida que ello exterioriza la posibilidad de que éste tenga el dominio del hecho; dejando a salvo el análisis dogmático, en los supuestos del Crimen Organizado y la Criminalidad empresarial. No puede ampararse en serio, sentencias judiciales -sobre un mismo hecho-, de que el sentenciado «conformado», haya sido condenado como co-autor del delito de Estafa y, los procesados que decidieron no acogerse a la Conclusión anticipada del Juzgamiento, como co-autores del delito de Apropiación Ilícita, lo cual quiebra a todas luces el principio de Unidad en el título de la imputación.

Por otro lado, se advierte en resoluciones judiciales, que se imputa el delito de Falsedad material, en su modalidad "impropia", es decir, por el uso del documento falsificado en el tráfico jurídico, pero no se realiza el test del cotejo de la descripción fáctica con los alcances normativos del tipo penal, pues resulta de autos, que el inculpado en ningún momento fue el que lo empleó, sino el otro imputado, y, ello se pretende soterrar, precisamente cuando no se especifica cuál es el título de participación delictiva que se le atribuye al inculpado; si este es autor, tiene que ver evidencias, pruebas -ya en el juicio-, que éste ingresó el soporte documental en el tráfico jurídico. En definitiva, la subsunción típica de los hechos, a la conducta desplegada por el

²⁵ . Participación en el evento delictivo, que para ser reprimible, necesita la acreditación del dolo en la esfera anímica del cómplice y que al autor actuó en el marco de un verdadero injusto penal (principio de responsabilidad limitada); si este actuó sin saber que esta coadyuvando en la realización de un delito, al no transgredir su rol específico y como ciudadano, se encuentra inmerso en una conducta inicua, estereotipada, neutral, por ende, exenta de sanción punitiva.

²⁶ . Así, los delitos de Secuestro y de Usurpación en su modalidad de ocupación.

²⁷ . No son pocas las causas, donde quienes intervienen luego de que el funcionario y/o servidor público, ha logrado incrementar su patrimonio de forma ilícita (*enriquecimiento ilícito*), son objeto de una imputación jurídico-penal, como cómplices primarios del *injusto funcional*, reglado en el artículo 401º del CP, pese a que su actuación se circunscribe a ocultar, encubrir, convertir el capital de procedencia ilícita. Siendo lo correcto, que la imputación se base en el tipo penal de Lavado de activos.

autor, es en esencia distinta, a la del cómplice, por lo que se debe especificar cuál es el hecho que lo hace ver como autor o como partícipe.

Otro ejemplo, ha verse en el caso del injusto funcional de Peculado, puesto que dicho tipo penal comprende a dos modalidades típicas: por «Apropiación» y por «Utilización»; advirtiéndose un mayor desvalor en la primera de las mencionadas, en tanto la Administración pierde de forma definitiva el dominio fáctico del objeto (caudales), lo cual ha de incidir en una penalidad más severa. Por consiguiente, debe señalarse en detalle, en el marco de la imputación jurídico-penal, cuál de las dos variantes se le atribuye haber perpetrado al imputado, no estando conforme a Derecho, postular una acriminación de Peculado por Utilización, cuando el objeto material del delito es dinero.

2.- PRECISIÓN DELICTUAL (PARTICIPACIÓN CRIMINAL)

Conforme lo anotado, debe rechazarse aquellas imputaciones, que no precisan ni definen el título de participación delictiva, al decirse que se acusa a los imputados *por el delito de Robo agravado, sin decirse con puntualidad, quienes son los autores y quienes los partícipes*; así cuando observamos una resolución condenatoria por el delito de Asesinato a varios procesados, sin proceder al examen de individualización participativa, lo cual repercute, tanto en el sub-principio de tipicidad penal como en el proceso de determinación e individualización de la pena; póngase el ejemplo, de quienes ingresan a un caserío en la sierra, con el solo objetivo de robar las pertenencias de los moradores, pero ya en su interior, a uno de ellos, se le viene la idea de matar a uno de los agraviados, lo cual no estaba en el plan común trazado de antemano, por lo que la prohibición de exceso, prohíbe imputar dicho resultado antijurídico a los otros imputados, a menos que haya habido un acuerdo implícito previo .

Lo sostenido, comporta una exigencia, tanto en el C de PP, de acuerdo a lo previsto en su artículo 77°, como en el artículo 336° del nuevo CPP, de común idea con los preceptos legales pertinentes de la PG del CP. Si no se hace ello, se hace rajatabla con el principio de imputación individual, de

acuerdo a ello, el juicio de reproche culpable es esencialmente personal, lo cual indica a su vez, su necesaria concreción en el ámbito de la determinación de la pena. No se puede colocar a todos los imputados en el mismo saco, cuando la imputación jurídico-penal ha de tomar lugar por separado, de forma personal.

La individualización jurídica está circunscripta al grado de intervención o vinculación que tengan los sujetos intervinientes en un hecho criminal, es decir, si los indicios razonables arrojan desde el inicio del procesamiento penal qué grado de intervención posee el imputado²⁸.

En el RN N° 357-2009-Huancavelica, se dice al respecto que: "*Se advierten serias deficiencias en el marco de imputación establecido en la acusación escrita, pues el Fiscal Superior formuló acusación sin efectuar una descripción detallada de los hechos que tipificarían delito de peculado incriminado, y sin precisar el material probatorio en que fundamenta su acusación, con lo cual se produce una vulneración al principio de imputación necesaria, comprendido en los artículos 2.24.d) y 139.14 de la Constitución Política del Estado. (...) asimismo, en la sentencia recurrida se advierte que no existe congruencia entre los hechos imputados y lo resuelto por el Colegiado Superior, puesto que pese a existir una pluralidad de encausados, no se hace una delimitación específica de los cargos atribuidos a cada uno de los encausados, más aún si se tiene en cuenta que los hechos imputados son dos distintos, y la afectación patrimonial al Estado está constituida, también por montos diferentes en distintos años...*".

¿Acaso la acreditación probatoria de la responsabilidad penal del autor, es similar a la del cómplice o a la del Instigador? ¿Puede condenarse a un cómplice primario, sin acreditarse la responsabilidad penal del autor, sabedores que según nuestro régimen sancionador, rige el principio de «accesoriedad en la participación²⁹»? respuestas que en definitiva son

²⁸ . Reátegui Sánchez, J.; *Más sobre el principio...*, cit., p. 222.

²⁹ . Cuando el procesamiento penal es escinde en dos procedimientos distintos, sea porque uno de los involucrados en la perpetración del injusto penal es un menor de edad o un alto funcionario público –revestido de una prerrogativa funcional-, pueden generarse serios inconvenientes, susceptibles de ser plasmados en sentencias judiciales –abiertamente contradictorias-; por ejemplo, siendo el alto funcionario absuelto de los cargos fiscales, y el servidor público, que intervino en el evento, mediando una aportación esencial, para que se proceda a la apropiación de los caudales, condenado como cómplice primario y/o co –autor del

negativas, por lo que no puede admitirse que un Sistema Penal Acusatorio – inclusive en uno Mixto-, se puedan formular imputaciones jurídico-penales, desprovistas de toda concreción y precisión: máxime, cuando se trata de delitos especiales «propios», donde la cualidad de autor, sólo puede tenerla el sujeto público revestido de un particular ámbito de organización funcional.

Es una práctica usual de algunos órganos jurisdiccionales así como de operadores fiscales, de no especificar el título de participación delictiva de los imputados, es decir, se formula una imputación genérica, como si el juicio de adecuación típica así como el reproche de culpabilidad, constituyeran elementos globales de atribución, que pueden ser encajados a varias personas a la vez. Todo un despropósito, cuya deficiencia nace con la formalización de la denuncia y el auto de procesamiento penal; si del persecutor público se trata, este debe ser conciente que la labor de subsunción típica así como de fijar el grado de participación delictiva, recae esencialmente sobre su esfera de competencia funcional, en mayor rigor con la novel codificación adjetiva; de forma, que ha de ser lo mas depurado posible, en dicho marco de valoración jurídico-penal, pues si no lo hace, y así se continúa con dichos vicios y/o omisiones, a lo largo de toda la secuela del procedimiento, se tiene el riesgo de que el caso se caiga, aún cuando se estime que el órgano jurisdiccional cuenta con la potestad de definirlo al final de la sentencia, sin hacer uso de la tesis de la desvinculación jurídico-penal, por la sencilla razón, de que el imputado –desde un inicio- ostenta el pleno derecho de cuestionar la validez de la acción penal promovida en su contra, y si éste no sabe exactamente que es lo que se le esta imputando y bajo que título de participación delictiva, no podrá hacer un uso correcto de sus derechos de defensa y contradicción, de estrecha vinculación con el principio acusatorio.

delito de Peculado; así, en la Violación sexual de una mujer, donde el autor (adolescente), quien fue que accedió carnalmente a su víctima –con el uso de violencia-, es absuelto por la jurisdicción de familia, y, el adulto –que sujeto a la agraviada, para que el otro pueda penetrarla sexualmente-, es condenado como cómplice primario del delito de Violación sexual – al margen de ser un verdadero co-autor-, lo cual no sólo riñe con el principio de seguridad jurídica, sino también con el principio de accesoriedad en la participación, pues es sabido que para poder condenar al cómplice, primero se debe comprobar la responsabilidad penal del autor; el cómplice interviene en un hecho que pertenece por entero al autor, no se puede por tanto, escindir la participación del primero de la del segundo de los mencionados.

Piénsese, en aquella imputación por co-autoría por el injusto penal Robo agravado, cuando de las evidencias recogidas por el personal policial, sólo se tiene el hallazgo de auto partes de vehículos –de procedencia ilícita-, indudablemente, si es que se pretende denunciar por dicho título de participación, tiene que haber algún indicio que el imputado ejerció y/o desplegó violencia y/o amenaza sobre el sujeto pasivo, a fin de sustraerle sus bienes o de haber procedido al apoderamiento del dinero, mientras su co encausado, era quien ejercía la fuerza intimidante sobre la víctima, en cuanto a una división de los roles en la etapa ejecutiva del delito; de no ser así, un relato fáctico –así concebido-, sólo puede justificar una acriminación por el delito de Receptación o en su defecto por el delito de Encubrimiento real³⁰, dependiendo de las características del caso en particular. La atribución del delito de Peculado, compartida entre el rector, vice-rector de una Universidad públicas con los asesores contables y legales de la entidad; sabedores, que los dos últimos al no contar con la condición de: "administrador, custodia o perceptor", no pueden responder a título de autor.

Así podemos recoger, un sinnúmero de ejemplos, donde los defectos en el proceso de subsunción típica así como de definición del título de imputación delictiva, arrastran decisiones jurisdiccionales carentes de validez material y en otros casos, abren resquicios de cuestionable impunidad.

En la ejecutoria recaída en la Casación N° 55-2009-La Libertad³¹, se sostiene válidamente sobre la Co-autoría de Robo agravado, que:

“Así las cosas, no hay duda a los efectos de la subsunción típica que los cuatro individuos actuaron en coautoría, figura jurídico-penal que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en él conscientemente. En el caso concreto medió un supuesto de coautoría ejecutiva, en la que se produjo un reparto de las tareas ejecutivas: si bien todos atacaron y dispararon sus armas de fuego, es obvio que no todos los disparos de necesidad mortal fueron realizados por el imputado Guevara Abanto, quien según la sentencia recurrida los disparos que efectuó no

³⁰ . Autor de este injusto penal únicamente puede serlo aquel que no ha intervenido en la perpetración del hecho punible precedente, de no ser así, se estarían penalizando actos posteriores a la consumación del delito, que no pueden ser co-penados; así, también, ese excluye la responsabilidad penal ante personas que cuentan con una relación de parentesco, con los involucrados en el delito precedente; vide, más al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. VI, IDEMSA, Lima, 2012.

³¹ . En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 31, enero del 2012, cit., ps. 314-317.

impactaron en la víctima. Disparar contra los agraviados fue la ejecución de un plan común, aceptado por todos. Así, entonces, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. La contribución del imputado, formando parte del grupo, atacando a unísono a los agraviados y apoderándose de las armas, es pues, un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. El resultado muerte permanecía en el ámbito de la decisión común acordada previamente, que se expresó en la forma como se atacó a los vigilantes –no fue un exceso de uno de los asaltantes matar al agraviado.

El imputado cometió en común con otros el hecho punible. Hubo, pues, pactum scleris –que, como es obvio, no necesariamente ha de ser formal e incluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente-, elemento subjetivo –dolo compartido o decisión conjunta- y elemento objetivo –aportación causal decisiva-. Dados estos elementos o presupuestos, no obsta la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de los coautores no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, aunque siempre es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida –vinculo de solidaridad penal-, no son partícipes en los hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriadad propio de la participación en un hecho ajeno –se presenta un supuesto de imputación recíproca entre todos los coautores-. No se infringió el artículo 23 del Código Penal”.

*¿Cómo puede sostenerse válidamente una condena por el delito de Colusión ilegal, a título de autor, al funcionario encargado de llevar a cabo la Licitación pública, cuando el supuesto cómplice primario, que es el representante de la empresa licitante, ha sido sustraído de la persecución penal, vía una Excepción de Naturaleza de Acción o un auto de sobreseimiento, a pedido de la Fiscalía? La respuesta es rotundamente negativa, primero, por que el injusto *funcionarial* reglado bajo los alcances normativos del artículo 384° del CP, es de participación necesaria y, segundo,*

en tanto, el elemento normativo de la *concertación defraudatoria*, que el persecutor público está en la obligación de acreditar, quedaría sin piso, por la sencilla razón, de que dicho presupuesto de punición, importa que el *extraneus* obre dolosamente; de manera, que la persistencia de una incriminación –bajo tal circunstancia-, deviene necesariamente en impunidad, a menos que se pueda modificar la imputación delictiva por el tipo penal de Peculado –por ejemplo-, haciendo uso el juzgador del principio de desvinculación jurídico-penal.

Dicho lo anterior, debe plantearse la exigencia de un juicio de tipicidad penal, susceptible de ser encajado correctamente bajo los alcances normativos de un tipo penal, es decir, el relato fáctico que sostiene la imputación en contra del inculcado, debe expresar con rigor, cada uno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, que formula como cargos el persecutor público. Es de verse así, que la sentencia judicial de condena, ha de ser fiel reflejo de la debida contrastación probatoria, de cada uno de los componentes de la estructuración típica del delito por el cual se esta acusando al procesado; siendo así, la debida motivación, concatenada con el respeto inescrupuloso del principio de legalidad material, ha de definir que el silogismo, que construye la decisión final, se corresponda a un proceso de subsunción típica válido. No olvidemos que la Teoría del Caso, supone todo un engranaje, de naturaleza fáctica, probatoria y jurídica, de manera que la postulación de incriminación se encamina a la acreditación y/o probanza de una determinada Teoría Jurídica, que viene a ser el tipo legal, donde cada uno de sus componentes típicos deber ser probado.

3.- CONCURSO DELICTIVO

A tal efecto, cabe precisar la diferencia a identificar, cuando se trata de un Concurso delictivo con el Conflicto aparente de leyes penales, siendo que en el primero, han de advertirse una pluralidad de infracciones al mismo precepto penal o a uno distinto, mientras que en el segundo caso, existe una sola infracción de la ley penal, esto es, el relato fáctico sólo puede ser reconducido a un solo tipo penal y no a varios a la vez; visto con un ejemplo, si

es que el chofer de una unidad de transporte público, atropella a tres transeúntes en un solo impacto, generando la muerte de uno de ellos y lesiones graves a los dos restantes, habrá un Concurso ideal heterogéneo, pero si se trata de un juez, a quien se le imputa haber emitido una resolución abiertamente contraria al texto expreso de la ley, no se le puede atribuir los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad en simultáneo³², en tanto se trata de una conducta que sólo puede ser reconducida al tipo penal, que en mejor medida recoja su intrínseca facticidad, so pena de vulnerar el principio del *non bis idem material*; siendo así, ante un conflicto aparente de normas penales, sólo se puede optar por una de ellas, conforme la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y de consunción³³.

En la doctrina, se expone que la esencia del concurso de leyes es vista normalmente en el hecho de que ya uno de varios tipos resultaría suficiente para aprehender completamente el contenido del ilícito, con la consecuencia de que sólo dicho tipo será considerado para los efectos de la fijación de la pena³⁴; (...) el ordenamiento jurídico es un sistema "consistente", exento de contradicciones (...) ³⁵, de modo que no puede subsumirse una sola conducta en dos tipos legales, cuando aquélla encaja perfectamente en una de ellas. Dicho en otros términos: al existir una superposición de tipos penales, una de ellas desplaza a la otra, merced a la aplicación de una serie de principios: (*especialidad, consunción y subsidiariedad*).

Dicho lo anterior, cuando se presentan imputaciones delictivas alternativas y/o subsidiarias, sólo puede optarse por una de ellas, máxime cuando cada uno de las composiciones típicas devela una redacción normativa singularizada, como puede verse de un posible conflicto entre el delito de Peculado y el delito de Colusión Ilegal, si es que de la actuación probatoria, delimitada por el contenido de la Acusación fiscal, manifiesta que los caudales del patrimonio estatal, fueron sustraído de la esfera de custodia de la Administración, merced a una serie de maniobras fraudulentas, mediando la simulación de supuestos actos de compraventa, adquisiciones y

³² . Vide al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 220.

³³ . Vide al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., ps. 975-985.

³⁴ . Maurach, R. y otro; *Derecho Penal. Parte General*, 2, cit., p. 550.

³⁵ . Cobo del Rosal, M./ Vives Antón, T.S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 172.

pagos de bienes y servicios, habrá de negarse la imputación delictiva por el tipo legal comprendido en el artículo 384° del CP, debiéndose optar por la modalidad típica de Peculado por apropiación; máxime, cuando el proceso sólo compromete a funcionarios públicos, sin que se haya comprendido a los proveedores de los bienes como cómplices primarios, al constituir la Colusión ilegal un delito de participación necesaria. Debiéndose añadir, el marco de contratación pública-administrativa, que debe estar presente necesariamente en la configuración típica de la Colusión ilegal, donde el funcionario público que dirige la licitación, direcciona su poder funcional a favorecer ilegalmente al licitante, en evidente afectación a los principios de imparcialidad, objetividad y de eficiencia que debe resguardar todo servicio público, en beneficio de la población.

A la par debe recordarse, que el concurso delictivo (Real o Ideal), a partir de la dación de la Ley N° 28730, supone un sistema de acumulación jurídico de la pena, lo que dará como resultado una magnitud de sanción punitiva más severa, siguiendo la fórmula desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2009; por lo que debe especificarse en detalle, cuando se está ante esta figura jurídica, debiéndose detallar si el concurso es Real o Ideal, o en su defecto, un delito continuado, entendiéndose que cada una de estas variantes, recibe un tratamiento penal diferenciado, así como en el ámbito de la prescripción de la acción penal, tal como se detalla en el segundo y tercer párrafo del artículo 80° del CP. Por consiguiente, en el Acusación fiscal debe hacerse mención a ello, contando a tal efecto, con descripciones fácticas distintas, cuando del Concurso real se trata, pues si para dar configuración a dicha institución, se acoge un hecho, que no estaba descrito en la formalización de la IP o de la denuncia, se habrá afectado gravemente los derechos de defensa y contradicción del imputado, así como con la inmutabilidad del relato fáctico.

4.- FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Finalmente, no olvidemos que el delito se encuentra comprendida por varias fases o dígame *etapas*, desde su *ideación en la mente del agente*, con

su preparación, que toma lugar cuando compra el arma o cuando adquiere el instrumento para poder forzar la puerta de la casa que ha decidido ingresar, con el comienzo de los actos ejecutivos del delito, esto es, cuando ya desenfunda el arma para dar muerte a su víctima, cuando da los primeros golpes para reducir al sujeto pasivo del Robo o cuando ejecuta actos de tocamientos indebidos sobre la esfera somática de la ofendida, antes de proceder a penetrarla en alguna de sus cavidades orgánicas sexuales. Así también debe recordarse, que algunos injustos patrimoniales como el Hurto, requieren de la acreditación de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, en el sentido de verificar, si el imputado tuvo o no la intención de obtener un provecho del bien mueble, puesto que si solo lo quiso usar, para después devolverlo será un Hurto de uso y si luego de apoderarse del celular, que hurto de su víctima, lo destruye, la tipificación penal correcta será la de daños. Por consiguiente, precisar cuál es el estadio del «iter criminis³⁶», importa un detalle que se adscribe también en el principio de imputación necesaria.

En el caso del delito de Colusión ilegal, al constituir un delito de resultado, deberá acreditarse que el pacto ilegal, entablado entre el funcionario público y el licitante ha provocado un perjuicio, que puede ser o no de contenido económico, por lo que los actos anteriores a ello, han de ser reputados como delito tentado; v. gr., habiéndose procedido a la concertación criminal, y otorgado la buena pro de la licitación pública, se declara la nulidad de la convocatoria.

Asimismo, en el delito de Usurpación no puede perderse de vista, que sus efectos antijurídicos se prolongan en el tiempo, mientras el agente no desocupa el bien inmueble, por lo que en dicho estadio, podrán admitirse formas de participación delictiva, así como tomarse en cuenta, para el cómputo de los plazos prescriptorios.

Establecer con toda corrección dogmática, cuando se ha consumado el delito, nos permite fijar la posibilidad de una participación delictiva, como sucede en el caso de un Robo o de un Hurto, pues una vez puesto el bien a disponibilidad del agente, el injusto penal ya se habrá perfeccionado, por lo

³⁶ . Tomando en cuenta también, que sólo las fases: ejecutiva y consumativa pueden ser objeto de punición, con las salvedades que pueden predicarse en algunos injustos, en cuanto a la sanción penal de los actos preparatorios; de ahí que portar un arma no podía ser calificado jurídicamente como Homicidio, mas si como Tenencia ilegal de armas o por Reglaje.

que no resulta admisible una complicidad por esta figura delictiva, dando lugar a una tipificación penal autónoma, como es la Receptación, siempre que se cumpla con sus componentes subjetivos. En tanto, el delito de Enriquecimiento ilícito, que no es de naturaleza permanente (en todo caso puede presentarse de *forma continuada en el tiempo*), por lo que una vez que el funcionario público ya logro incrementar su patrimonio de forma ilícita -en un ejercicio económico determinado-, ya el delito se habrá consumado, por lo que la intervención ulterior de los familiares o de terceros, encaminada a cubrir de un manto de legalidad la procedencia ilegal del dinero, será constitutiva de autoría de Lavado de Activos, y no de complicidad por el delito de Enriquecimiento ilícito.

Si es que el agente, estaba ya realizando tocamientos indebidos, sobre los órganos sexuales de su víctima (mediando el empleo de violencia y/o amenaza), ya con el pantalón abajo y, así es atrapado in situ, no es un acto contra el pudor consumado, sino un delito de Violación a la Libertad sexual; cuestión distinta, sería el caso, que en un momento sólo se realice los tocamientos y, en otro, la penetración del miembro viril en la cavidad vaginal del sujeto pasivo, pues ello daría lugar a un Concurso real de delitos.

Se habrá infringido el principio de «imputación necesaria», por tanto, cuando el operador jurídico no indique si el delito -que se le atribuye haber cometido al imputado-, alcanzó su grado de perfección delictiva (consumación) o en su fase tentada; v . gr, en aquel hecho, que describe una víctima con heridas graves, debe señalarse que es una tentativa de Homicidio, más aún si ello, ampara al Fiscal a solicitar una pena atenuada al juzgador, de acuerdo a la previsión normativa contenida en el artículo 16° del CP; si se trata de una muerte ocasionada para facilitar otro delito, que no se llegó a perpetrar, estaremos ante un Concurso real de delitos, entre Asesinato consumado con tentativa de Hurto. Aspectos de importancia, en orden a fijar con toda corrección la determinación e individualización de la pena.

