

### La demostración del dolo en la intervención delictiva: a propósito de la Casación N° 367-2011-Lambayeque



Eliu ARISMENDIZ AMAYA\*

*El autor objeta la Casación N° 367-2011-Lambayeque, por evaluar la intervención delictiva exigiendo un dolo con acento en la “voluntad” y desde una perspectiva que combina erróneamente la teoría de la imputación objetiva y la teoría del dominio del hecho. En vez de ello, propone partir del dolo cognitivo, desde una perspectiva normativa, lo que, a su juicio, es más acorde con el sistema de libre valoración de la prueba.*

RESUMEN

#### MARCO NORMATIVO

- **Código Penal:** arts. 16, 23, 24 y 25.
- **Código Procesal Penal de 2004:** arts. 156 y 158.1.

**PALABRAS CLAVE:** Dolo naturalístico / Dolo normativo / Autoría / Complicidad / Valoración probatoria

**Fecha de envío:** 13/07/2016

**Fecha de aprobación:** 20/07/2016

#### I. Introducción

Una de las partes fundamentales del Derecho Penal sustantivo resulta ser la intervención delictiva en el hecho punible, razón por la cual los elementos de ampliación del tipo penal, conocidos como autoría y participación, se convierten en un factor complementario a la teoría de la imputación<sup>1</sup>; en ese contexto, la atribución jurídico-penal del hecho punible tendrá éxito en la medida en que se adopte una correcta posición teórica sobre la autoría y participación y, subsecuentemente, se haga una correcta valoración del caudal probatorio.

\* Fiscal Adjunto Provincial Penal del distrito fiscal de Lambayeque.

1 El Derecho Penal vigente responde a los lineamientos de un Derecho Penal de acto, es decir, lo que se atribuye a los sujetos intervinientes en el hecho punible resulta ser la conducta expresada en el mundo real en la medida en que lesione bienes jurídicos con relevancia penal.

Nuestro sistema jurisprudencial marcó la pauta en la determinación de la participación delictiva-complicidad primaria y secundaria, mediante la **Casación N° 367-2011-Lambayeque**, asumiendo la teoría del dominio como baremo de atribución en cada caso concreto, criterio que resulta ser doctrina jurisprudencial a nivel nacional para todos los abogados y magistrados vinculados al quehacer jurídico en materia penal. En ese orden de ideas, resulta necesario analizar entre líneas la utilidad de este aporte jurisdiccional y determinar si verdaderamente resulta eficaz para solucionar problemas de intervención o, en su defecto, genera dificultades para arribar a una correcta administración de justicia.

Bajo este escenario, se expondrá la realidad problemática, los antecedentes teóricos que fundamentan la intervención delictiva en Derecho Penal, el sistema de valoración probatoria; asimismo se presentará –desde nuestra óptica– el sistema de atribución que debió admitir nuestra Corte Suprema con la finalidad de solucionar en cierta manera los diversos problemas de intervención delictiva; finalmente, se presentarán nuestras conclusiones bajo ciertos lineamientos de corte normativo funcional respecto al dolo y la valoración de la prueba.

## II. Planteamiento del problema

Nuestro sistema jurisprudencial, mediante la Casación N° 367-2011-Lambayeque, asume de manera expresa la teoría del dominio del hecho<sup>2</sup> como el criterio dominante para determinar la autoría y participación delictiva, conforme se evidencia en el considerando V de la parte resolutive, estableciéndose como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo punto inicial para el análisis la teoría del dominio del hecho.

Nuestra Corte Suprema en la Casación N° 367-2011-Lambayeque, al decantarse por los lineamientos de la teoría del dominio del hecho asume la postura del dolo naturalístico-psicologista<sup>3</sup> a nivel del tipo subjetivo, vinculando a los diversos órganos jurisdiccionales y sujetos procesales a considerar, en los delitos de comisión dolosa, la confluencia del conocimiento y voluntad en la conducta del agente delictual; ante ello, surge la pregunta: **¿resulta útil el concepto del dolo naturalístico en un proceso penal en el**

2 Esta teoría fue formulada por Hans Welzel en el año 1939, la que reestructura los postulados de la teoría “material-objetiva”, y presenta el criterio objetivo de contribución para distinguir entre autores y partícipes; así será autor quien produce la causa y aportó la condición objetiva más importante, y partícipe quien pone una condición, agregándola a la finalidad predeterminada en el plan delictivo del autor. Por lo tanto, autor será quien ejerce el señorío del hecho delictual por tener una conducción consciente del fin propio del acontecer causal en dirección del resultado típico, y partícipe quien contribuye al hecho principal del autor. Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimpresión, Grijley, Lima, 2010, p. 466 y ss.

3 La concepción psicológica del dolo entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que esta ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos y, según los autores, intenciones. Esta perspectiva parte de concebir tales conocimientos como un concreto proceso efectivamente acontecido en la mente del sujeto, es decir, como un fenómeno de naturaleza psicológica (...). Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 32.

### Comentario relevante del autor



**El sistema diferenciado ha permitido desarrollar tres teorías representativas respecto a la intervención delictiva: i) teoría objetiva formal; ii) teoría objetiva material; y iii) teoría del dominio del hecho (este último modelo se ve reflejado en los artículos 23, 24 y 25 del CP).**

cual la actividad probatoria responde a un proceso de valoración cognitiva?

### III. Antecedentes teóricos

Antes de analizar el contenido de los argumentos –en mayoría y minoría– desplegados por la Sala Penal Permanente de nuestra Corte Suprema de Justicia, respecto a la valoración del dolo para fundamentar la autoría y participación, argumentos plasmados en la Casación N° 367-2011-Lambayeque, resulta necesario presentar el soporte teórico respecto a las diversos sistemas y teorías que sustentan la autoría y participación, así como el dolo, y los lineamientos de la prueba en el proceso penal vigente.

#### 1. Respecto a las teorías que explican las figuras de ampliación del tipo penal

Las diversas formas de intervención delictiva en el hecho punible han sido explicadas por dos sistemas fundamentales, siendo **estos**, el **sistema unitario** y el **sistema diferenciado**.

#### 1.1. El sistema unitario

Este sistema, según Villavicencio Terreros, responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Ha sido defendido por los que consideran como base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y, también, por la corriente nacional-socialista de la escuela de Kiel que partía de un Derecho Penal de la voluntad<sup>4</sup>. Este tipo de sistema, es totalmente ajeno a los planteamientos de un Derecho Penal de acto, por cuanto el poder punitivo reside básicamente en posiciones ideológicas propias del autor. Situación que es distinta en el Derecho Penal nacional, por cuanto, de conformidad con el artículo VII del título preliminar de nuestro Código Penal, se regula el principio de culpabilidad, propio de una responsabilidad de acto en razón que lo que se imputa es una conducta expresada en el mundo real, la misma que lesiona o pone en peligros bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

#### 1.2. El sistema diferenciador

Este sistema permite sostener una diferencia entre autores y partícipes respecto al hecho punible; de la misma forma se agrega como punto transcendental, el criterio de accesoriedad de la participación frente a la autoría<sup>5</sup>. Este sistema permitió desarrollar tres teorías representativas respecto a la intervención delictiva; siendo: **a)** teoría objetiva-formal, **b)** teoría objetiva-material y **c)** teoría del dominio del hecho.

##### a. Teoría objetiva-formal

Esta teoría entiende por autor a quien realiza “por sí solo”, total o parcialmente, la acción

4 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 466 y ss.

5 En mismo sentido, GALVÁN GONZALES, Francisco. *El concepto de autor del delito. Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*. Ubijus, México, D.F, 2007, p. 187.

típica de ejecución, de manera tal que el punto de partida es el tipo penal, teniendo en cuenta los elementos objetivos y subjetivos de este y, por tanto, su sentido. Es objetiva porque el sujeto tiene que realizar directamente la conducta, esto implica, a nuestro entender, participación personalísima por parte del autor; por otro lado, es formal porque solo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como tal, y porque delimita el comportamiento del autor a la descripción, prescripción y sentido del tipo, lo cual garantiza seguridad jurídica<sup>6</sup>. Nuestro sistema jurídico-penal no comparte en puridad esta teoría, por cuanto, de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, admite la posibilidad que el autor ejecute el hecho delictivo a través de un tercero o instrumento, presupuesto conocido como autoría mediata.

#### b. Teoría objetiva-material

La teoría “objetiva-material” pretende superar los problemas de la teoría “objetiva-formal”, por lo tanto, desde esta perspectiva, es autor quien aporta la contribución más importante al injusto penal, es decir, autor resulta ser aquella persona cuya conducta está dotada de mayor peligrosidad<sup>7</sup>. En ese sentido, autor es aquel que aporta la condición objetiva más pesada; sin embargo, será participe quien pone la condición. Nuestro Código Penal se aleja de este criterio objetivo-material, en razón de que si bien es cierto la técnica legislativa no registra de manera expresa el tipo de postura teórica asumida, lo cual nos permite válidamente

desarrollar cualquier teoría existente y aplicable al caso concreto, según la teoría del caso de los sujetos procesales; empero, de conformidad con los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal, las figuras de autoría y participación se encuentran influenciadas bajo **criterios cualitativos y cuantitativos**, en razón de que las figuras de autoría –en los delitos dolosos– persiguen el plan concreto del autor, el cual tiene una finalidad determinada, es decir, el *iter* criminal no es ciego; de la misma forma, la participación –complicidad e instigación– está determinada por el mismo baremo por cuanto tampoco es ciega sino determinada por una finalidad clara, la misma que resulta ser la contribución cuantitativa al plan concreto del autor. En ese mismo orden de ideas, se pronunció nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1317-2012-Lima (Sala Penal Permanente)

#### c. Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho resulta ser una mezcla o posición ecléctica de las teorías “objetiva-formal” y “objetiva-material”; en ese contexto, autor es quien domina el hecho, es decir, “quien tenga las riendas del acontecimiento típico (...) por lo tanto, autor es aquel que se encuentra en la situación real de dejar correr, detener, o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”<sup>8</sup>.

Por otro lado, participe –como indica Salazar Marín– es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo del injusto<sup>9</sup>. Esta teoría es aceptada por

6 SALAZAR MARÍN, Mario. *Autor y participe en el injusto penal. Escuela dialéctica del Derecho Penal*. 2ª edición, Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 117 y ss.

7 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Eddili, Lima, 2002, p. 400 y ss.

8 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 309.

9 SALAZAR MARÍN, Mario. Ob. cit., p. 129.

nuestro sistema jurídico-penal, por cuanto de la redacción plasmada en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal vigente, la autoría y participación responden a criterios cualitativos y cuantitativos respecto al plan concreto del autor, plan delictual que tiene una finalidad predeterminada; en ese orden de ideas, el autor resulta ser señor del curso causal, y los partícipes son aquellos que aportan al plan delictual del autor dependiendo del mismo, consagrándose de esta manera el principio de accesoriedad de la participación; en ese mismo sentido, se tiene el Recurso de Nulidad N° 1192-2012-Lima (Sala Penal Transitoria) y la Casación N° 367-2011-Lambayeque.

### 1.3. Teoría de infracción de deber

Fue creada por Roxin<sup>10</sup>, quien indica que los grados de participación se encuentran sustentados en el deber especial que mantiene el sujeto, dicha infracción del deber llevaría a sustentar una imputación así como una reducción **del radio de acción de la autoría**; en ese sentido, **la autoría** le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico lo incumple<sup>11</sup>. Es necesario precisar, que para Roxin, estos deberes especiales tienen naturaleza **extrapenal**, es decir, se encuentran en una realidad previa al tipo penal; sin embargo, dichos deberes son necesarios para la realización del mismo, por cuanto están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo

### Comentario relevante del autor



**Tradicionalmente se ha sostenido que el dolo está integrado por dos elementos: a) elemento volitivo, y b) elemento cognitivo; en ese sentido, el dolo aparece no como un mero acontecer, sino, por el contrario, como la manifestación de la conducta del autor, quien ha conocido y querido el resultado lesivo.**

general, se originan en otros ámbitos del Derecho<sup>12</sup>.

Para entender con mayor facilidad dicha postura, es necesario precisar que el profesor Roxin, dentro de su esquemática delictual ha clasificado a los delitos, en **delitos de dominio y delitos de infracción de deber** –los que eran anteriormente clasificados en delitos comunes y especiales respectivamente–. En ese contexto, se entiende como **delito de dominio**, al hecho punible en mérito a la participación de un agente que no posee deberes de salvaguarda y fomento para con el bien objeto de tutela penal, ni se halla expresamente exigido por relaciones previas de vinculación, salvo los mandatos generales que se dirigen al total de la población (no mates, no robos, etc.) como el mensaje general “no dañar”, ejemplo hurto, estafa, violación sexual, etc.; por otro lado, encontramos

10 Tesis creada en el año 1963, en la que Claus Roxin advierte que en la práctica judicial existía la problemática de que en determinados ilícitos no bastaba ser amo y señor del hecho criminal para ser considerado autor, sino que incluso no era necesario tener el dominio del hecho para fundamentar determinado rango de delitos: “Si alguien obliga a un funcionario a realizar torturas –artículo 343 del Código Penal alemán– tiene el dominio del hecho; sin embargo, no es autor de las torturas; véase ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 386.

11 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 577 y ss.

12 Argumento citado por CARO JOHN, José Antonio. En: VV.AA. *Dogmática penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa*. Grijley, Lima, 2015, p. 48 y ss.

a los **delitos de infracción de deber**, en los cuales la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de deberes especiales que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico<sup>13</sup>.

#### 1.4. Teoría en virtud de competencias

En la últimas dos décadas, Jakobs viene presentando a la dogmática jurídico-penal una nueva clasificación de los delitos, empleando un lente –a nuestro modo de ver– normativo; en ese sentido, Jakobs ha realizado una distinción entre **delitos por responsabilidad en virtud de organización** (responsabilidad basada en deberes generales) y **delitos por responsabilidad en virtud de competencia institucional**<sup>14</sup> (responsabilidad fundamentada en deberes especiales).

Para el primer tipo de responsabilidad, el fundamento es la lesión de los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo; en ese sentido, los seres humanos viven en la medida en que lo hagan en sociedad, es decir, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera.

En cuanto al segundo tipo de responsabilidad, el fundamento es la inobservancia de los límites trazados por un **estatus especial**; así, se tiene un estatus especial –como funcionario, como médico o como padre– cuando este viene definido por un haz de derechos y

deberes. Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal.

Jakobs pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas **relaciones positivas**: estas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una institución del Estado. Por ello, existe una diferencia entre los deberes que competen a **todos**, en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los **deberes especiales**, en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un **estatus especial**. La infracción de los deberes derivados de un estatus especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber<sup>15</sup>.

## 2. Respeto al dolo

Nuestro Código Penal no regula de manera expresa el concepto del dolo; sin embargo, por criterio doctrinario y jurisprudencial, en el Perú, mayoritariamente se acepta tres postulados: el primero, respecto a la estructura del dolo, entendida como la concurrencia de los elementos cognitivo y volitivo; el segundo postulado, respecto a la ubicación del dolo en la teoría del delito, se entiende que el dolo pertenece al tipo subjetivo, razón por la cual, la tipicidad estará completa en la medida en que se desarrolle íntegramente el

13 En los delitos de infracción de deber, para la identificación del deber que le compete al agente especial, se deberá tener en cuenta los siguientes presupuestos : **a)** Agente especial vinculado según una relación paterno filial-conyugal , por ejemplo, el delito de parricidio, infanticidio, bigamia, etc., **b)** Agente especial vinculado a relaciones jurídicas o de confianza, por ejemplo, el delito de omisión a la asistencia familiar y fraude en la administración de las personas jurídicas, **c)** Agente especial vinculado por deberes de función y servicio público, por ejemplo abuso de autoridad, peculado, prevaricato, etc. Véase ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 75 y ss.

14 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1006 y ss.; CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 56.

15 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 27-153, 275 y ss.

tipo objetivo y subjetivo, ello por cuanto el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que se encuentra proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva. El tercer postulado se encuentra vinculado a las clases de dolo.

### 2.1. La estructura del dolo

Estructuralmente el dolo está integrado por dos elementos: **a)** elemento volitivo, y **b)** elemento cognitivo; en ese sentido, el dolo aparece no solo como un mero acontecer, sino por el contrario, surge como la manifestación de la conducta del autor, quien ha conocido y querido el resultado lesivo como suyo.

En ese orden de ideas, si bien en nuestro Código Penal no se encuentra expresamente señalado el concepto de dolo, empero, la figura de la tentativa prevista en el artículo 16 del Código Penal nos otorga un atisbo cercano a la estructura volitiva y cognitiva, por cuanto en la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito –esto nos muestra la idea de un **conocimiento causal o naturalístico**– que decidió cometerlo –esto nos muestra la idea de **voluntad o fenómeno psicologista**–, sin consumarlo.

Bajo ese mismo orden de ideas, Cerezo Mir indica que la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la punición de la tentativa,

es decir, por la sanción de las acciones dirigidas por la voluntad del autor a la lesión de un bien jurídico<sup>16</sup>.

Por otro lado, el sistema jurisprudencial peruano, tanto en la ejecutoria del 30 de octubre de 1997, según el Expediente N° 2163-97, como en el conocido caso Utopía, Expediente N° 306-2004, ha venido pronunciando, en ese mismo orden de ideas, la concurrencia de los elementos volitivos y cognitivos<sup>17</sup>.

**a) Elemento cognitivo.-** El elemento intelectual o cognitivo está referido a la conciencia o conocimiento contenidos en el agente delictivo, respecto a la realización de los elementos del tipo penal. Por otro lado, dogmáticamente, el elemento cognitivo, en un sentido más estricto, comprende la conciencia de los elementos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado<sup>18</sup> y el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado.

**b) Elemento volitivo.-** Este elemento está asociado con la voluntad del agente; sin

16 CEREZO MIR, José. *Obras completas. Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 510 y ss.

17 Según la ejecutoria aludida, se establece que solo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, es decir, cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo legal formulado por el legislador, por lo tanto, la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de la voluntad y resultado perceptible del mundo exterior–, sino que también contiene la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es, la parte subjetiva, que corresponde a los procesos psíquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo). Véase LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario (1997-1197)*. Grijley, Lima, 1999, p. 103; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 353.

18 RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte general*. 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995, p. 460; CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 519 y ss.

embargo, esta voluntad trasciende el simple deseo del autor, por cuanto este mero deseo no es suficiente para integrar el elemento volitivo, sino por el contrario la voluntad es válida únicamente cuando el sujeto activo quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción<sup>19</sup>. En ese orden de ideas, Cerezo Mir ejemplifica la situación para entender lo insuficiente con el mero deseo; así, cuando un sobrino recomienda a su tío, del que es presunto heredero, que viaje mucho en avión con la esperanza de que se produzca alguna vez un accidente y fallezca, desea, sin duda, la muerte de su tío, pero no se da el elemento volitivo del dolo<sup>20</sup>.

## 2.2. Ubicación del dolo en la teoría del delito

En la teoría jurídica del delito, el dolo ha sido y viene siendo analizado por diferentes sistemas conceptuales; en ese sentido, el sistema causal considera que la ubicación y el estudio del dolo radican en la culpabilidad<sup>21</sup>. Posteriormente, en mérito a la influencia del sistema finalista, se llegó a determinar que el dolo no era parte de la culpabilidad, sino que formaba parte de la tipicidad, es por esta razón que surge la necesidad de afirmar la existencia de un tipo subjetivo como elemento estructural de la tipicidad<sup>22</sup>.

## Comentario relevante del autor



**El dolo normativo es una nueva clase de dolo, el cual debe ser entendido como un proceso de atribución objetivo, sustentado en competencias cognitivas propias del sujeto activo.**

En ese sentido, actualmente nuestro sistema jurisprudencial acepta –por unanimidad– que el dolo está ubicado en la tipicidad; como evidencia de ello, Villavicencio Terreros cita la ejecutoria suprema del 26 de marzo de 1988, Expediente 455-97-Callao<sup>23</sup>.

## 2.3. Las clases del dolo

Existe consenso mayoritario respecto a la existencia de tres clases de dolo: a) dolo directo, b) dolo de segundo grado y c) dolo eventual, aunque hay una cuarta clase que se viene desarrollando:

**a) Dolo directo.-** Esta clase de dolo es conocido como dolo de primer grado, el cual consiste en que el agente busca realizar un hecho y lo hace, es decir, existe coincidencia entre lo que quiere y lo que se hace, en otras palabras es el dolo en puridad o en esencia. Hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en

19 MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 151-152; CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 536 y ss.

20 CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 536.

21 BENITES SÁNCHEZ, Santiago. *Derecho Penal peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*. Tomos I y II, 2ª edición, Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1958, p. 152; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 353.

22 Véase ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 307 y ss.

23 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 354.

la ley sabiendo que lo hace y queriendo llevarlo a cabo, de donde se desprende que está conformado por dos momentos, uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro voluntario, voluntativo o volitivo, por ejemplo “A” quiere matar a “B” y lo hace<sup>24</sup>.

- b) **Dolo de segundo grado.**- Esta clase de dolo es llamado como dolo de consecuencias necesarias; en ese sentido, Luis Miguel Bramont-Arias Torres indica que este dolo consiste cuando el sujeto activo sabe que para realizar un hecho, necesariamente tendrá que producir una consecuencia adicional que se encuentra ligada al resultado. El sujeto asume las consecuencias generadas por el hecho que comete. En este caso, prima el elemento intelectual, pues el sujeto advierte que su comportamiento trae consigo otro delito. Por ejemplo: “A” quiere matar a “B” que está en un ferrocarril y lo descarrilla moviendo las agujas de la línea férrea, por lo tanto, “A” tiene dolo directo de matar a “B” y dolo de segundo grado respecto a todos los demás pasajeros<sup>25</sup>.
- c) **Dolo eventual.**- Este tipo de dolo está vinculado a la representación que tiene

el agente delictivo del resultado lesivo, es decir, el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que este es de probable manifestación en el mundo real. En ese mismo sentido, Cerezo Mir indica que cuando el sujeto considere meramente posible que la consecución del fin vaya acompañada de la realización de los elementos objetivos del tipo (de la producción del resultado delictivo) se plantea el problema de la distinción del dolo eventual y la imprudencia consciente o con representación<sup>26</sup>.

- d) **Dolo normativo.**- Una nueva clase de dolo viene ingresando en las esferas del núcleo de la dogmática penal<sup>27</sup> contemporánea; nos referimos al dolo normativo, el cual es entendido como un proceso de atribución objetiva, sustentado en competencias cognitivas propias del sujeto activo<sup>28</sup>.

### 3. Respecto a la prueba en el proceso penal

La prueba<sup>29</sup> es una categoría procesal de suma importancia en el proceso penal, por cuanto de ella depende la absolución o condena del imputado, en ese contexto, la prueba

24 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Temis, Bogotá, 1995, p. 362.

25 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 207 y ss.

26 CERZO MIR, José. Ob. cit., p. 538 y ss.

27 Semánticamente, dogmática penal significa ciencia de los dogmas, y en este caso, de las normas jurídicas dadas; en ese sentido, se puede decir que la tarea de la dogmática del Derecho Penal es la interpretación del Derecho Penal positivo, pero si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, incluye la elaboración del sistema. Véase RADBRUCH, Gustav citado por CERZO MIR, José. Ob. cit., p. 92.

28 La doctrina moderna de corte funcional-normativo viene desarrollando algunos criterios referenciales para determinar el proceso de imputación subjetiva: a) conocer qué es el dolo, b) saber cómo determinarlo y c) contar con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente. Véase RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 363 y ss.

29 Etimológicamente, el término prueba proviene del latín *probatio, probatinis*, que deriva del vocablo *probus*, que significa “bueno”; en ese sentido, podemos entender que “lo que resulta ser probado es bueno”, razón por la cual probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. Asimismo, prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso. Véase NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2015, p. 200 y ss.

presenta una dinámica constante<sup>30</sup> que obliga a los sujetos procesales a tener una participación activa en el proceso en razón de la dialéctica<sup>31</sup> de las diversas teorías del caso.

En ese contexto, el juicio valorativo de la actividad de probanza es entendido que “probar” consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces<sup>32</sup>.

### 3.1. El sistema de valoración de la prueba en el proceso penal peruano

La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. Un enunciado sobre los hechos está probado cuando, sobre la base de las pruebas, se considera verdadero. Del mismo modo, un enunciado sobre los hechos es falso cuando se ha probado que los hechos son inexistentes. Cuando un hecho no está probado es porque no hay medios de prueba que lo apoyen, o porque hay algunos pero no los suficientes para apoyar una conclusión sobre la verdad de un enunciado acerca de él, entonces, ese enunciado también se considera como si fuera falso<sup>33</sup>. En ese sentido, existen básicamente tres sistemas de valoración probatoria, siendo:

a) **Sistema de prueba legal o tasada.**- Este sistema es de naturaleza cerrada, por

cuanto el imperio de la ley procesal delimita los parámetros en los cuales el juez deberá valorar el caudal probatorio, en ese orden de ideas, Jauchen indica que, según este sistema, el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley<sup>34</sup>.

b) **Sistema de íntima convicción.**- Este sistema se aleja de los parámetros literales de la ley procesal que fueron brindados por el legislador e ingresa al ámbito subjetivo del juzgador, para que este último en mérito a su convicción íntima de los hechos y medios de prueba expuestos, pueda asumir un criterio determinado en cada caso concreto. Este método, según indica el mismo Jauchen, es característico del juicio por jurados, adoptado, por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón<sup>35</sup>.

c) **Sistema de la sana crítica.**- Este sistema también es conocido como sistema de libre valoración o libre convicción, mediante el cual el juzgador deberá sustentar sus decisiones realizando un juicio de valoración basado en las reglas de la lógica, la técnica y la ciencia, así como las máximas de la experiencia. La doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la interpretación de la libre

30 La prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes y, excepcionalmente, de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados. Véase QUIROZ SALAZAR, William. *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista*. Ideas Solución, Lima, 2014, p. 146 y ss.

31 Pensamiento dialéctico desarrollado por el filósofo alemán G.W.F. Hegel en su obra *Fenomenología del espíritu* (1808), bajo los lineamientos de apogemas jurídicos, conocidos como tesis, antítesis y conclusión; en ese sentido, este esquema general transita bajo la línea de la teoría del conocimiento.

32 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 17.

33 TARUFO, Michelle. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008; NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., pp. 237-238.

34 JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 47.

35 *Ibidem*, p. 46 y ss.

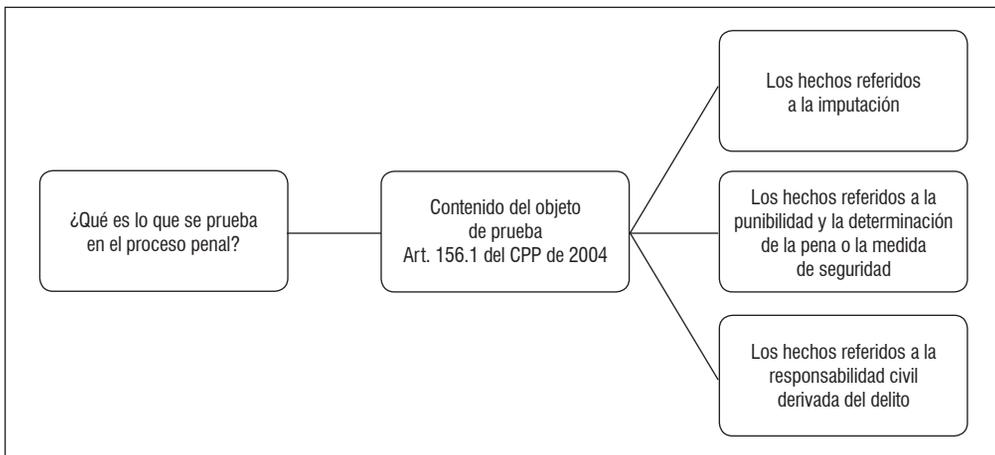
valoración de la prueba como “íntima convicción”, señalando que la valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que deber estar sometida a las reglas de la lógica, las reglas de la sana crítica, de la experiencia, del criterio racional o del criterio humano<sup>36</sup>. Nuestro Código Procesal Penal vigente, asume este tipo de sistema, por cuanto de conformidad con el inciso 1 del artículo 158, se establece que: “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 (...)”.

### 3.2. ¿Qué es lo que se prueba en el proceso penal peruano?

La pregunta planteada nos ubica en el concepto del **objeto de prueba** en el proceso

penal, es decir, aquello que se pretende probar o demostrar en el juicio o aquello de lo que se intenta convencer al juez como consecuencia de la actividad probatoria del juzgamiento, a esto se le conoce como **elemento de prueba**. En palabras de Neyra Flores, el elemento de prueba –u objeto de prueba– resulta ser el dato, rastro o señal, contenido en un medio de prueba realizado, que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el acto<sup>37</sup>.

En ese orden de ideas, la pregunta planteada advierte como posible respuesta, que lo que se prueba en el proceso penal resulta ser **las afirmaciones o proposiciones fácticas** obtenidas en la etapa de investigación; en ese contexto, dichas afirmaciones solo tendrán éxito en la medida en que puedan coincidir con los hechos expresados en el mundo real. El argumento expuesto se resume en el siguiente cuadro sinóptico:



36 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores-Temis, Lima- Bogotá, 2005, p. 79, dicho autor hace referencia a los ensayos desarrollados por Miranda Estrampes y Asencio Mellado.

37 NEYRA FLORES, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 231.

### 3.2. ¿Qué es lo que no se prueba en el proceso penal peruano?

El inciso 2 del artículo 156 del Código Procesal Penal indica de manera expresa qué es lo que no se prueba en el proceso penal: a) las máximas de la experiencia, b) las leyes naturales, c) la norma jurídica, d) aquello que es objeto de cosa juzgada, e) lo imposible y notorio. El código adjetivo aludido evidencia que existen ciertos criterios que no necesitan ser materia de probanza por cuanto su naturaleza y manifestación han sido demostradas y validadas; asimismo, no necesitan ser objeto de probanza ciertos elementos por la facilidad de su demostración, por ejemplo, no necesitamos probar como supuesto fáctico el hecho de la caída de un cuerpo lanzado al vacío, por cuanto ha sido demostrado y validado que existe la ley de la gravitación.

## IV. Hechos materia de imputación según Casación N° 367-2011-Lambayeque

### 1. Respecto al análisis de la clase de intervención delictiva

La Casación N° 367-2011-Lambayeque indica que a la persona de Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria**; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz) en varias oportunidades, en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada (véase considerando 4.10 de la Casación N° 367-2011-Lambayeque).

Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del 13 de julio de 2011 se

le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el 27 de setiembre de 2011, en la cual se arribó a la conclusión de que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal, imponiéndose la sanción de diez años de pena privativa de libertad (véase considerando 4.10 de la Casación 367-2011-Lambayeque).

### 2. Respecto a la toma de postura en la Casación N° 367-2011-Lambayeque

La mayoría de los magistrados de la Sala Penal Permanente de nuestra Corte Suprema<sup>38</sup> precisan, desde su perspectiva y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva –superando una perspectiva ontológica–, que la conducta imputada objetivamente resulta inocua y neutral para el Derecho Penal.

Por otro lado, la Corte Suprema precisa que “desde una perspectiva subjetiva de la conducta, se debe afirmar que la procesada no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada”

38 Magistrados Javier Villa Stein, Josué Pariona Pastrana, Hugo Príncipe Trujillo y Francisco Rozas Escalante.

(véase considerando 4.11 de la Casación N° 367-2011-Lambayeque).

De la misma forma, la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema concluyen afirmando, que “en consecuencia, es evidente que en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco del Código Penal, relativo a que tanto el Juzgado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezcan solo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita)” (véase considerando 4.12 de la Casación N° 367-2011-Lambayeque).

Por otro lado, existe un voto en minoría<sup>39</sup> en la citada casación. Dicha posición señala: “la condena impuesta a la encausada Correa Montenegro encuentra su fundamento en que contribuyó de manera determinante a poner en peligro el bien jurídico, pues con su aporte se logró la perpetración del ilícito penal, conforme lo ha detallado la sentencia al pronunciarse respecto a lo señalado por la menor agraviada: ‘(...) sabe que el señor Gilberto la ha violado, que ha llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio (...) que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es, para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptaba

y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles (...)’; hecho probado que objetivamente demuestra un aporte de la inculpada en el hecho delictual del autor” (véase considerando 8 de la Casación N° 367-2011-Lambayeque).

Y prosigue: “Finalmente, es de precisar que la conducta desplegada por la procesada no es neutral, ya que la misma no es una conducta inocua, cotidiana, ni mucho menos banal, tampoco se encontraba desempeñando un rol en concreto, la conducta de la procesada favoreció a la comisión del hecho delictivo –violación sexual–, ya que no solo autorizó el uso de su inmueble para la consumación del hecho, sino que realizó actos concretos para facilitar el encuentro entre el inculpado y la menor agraviada cuando esta contaba con trece años de edad, actuando dolosamente en su aporte” (véase considerando 12 de la Casación N° 367-2011-Lambayeque).

## V. Análisis

### 1. Del punto de partida

El Código Penal de 1991 no define expresamente los elementos constitutivos del dolo, conforme señala García Caveró<sup>40</sup>; en ese orden de ideas, resulta perfectamente válida la argumentación de aceptar en el Perú criterios de imputación subjetiva, desde la óptica normativa, superando el entendimiento del dolo únicamente como la concurrencia de la voluntad y conocimiento.

Debe precisarse que si bien hasta la fecha se encuentra vigente la Casación N° 367-

<sup>39</sup> Magistrada Elvia Barrios Alvarado.

<sup>40</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 405.

2011-Lambayeque<sup>41 42</sup>, mediante la cual se precisa el criterio vinculante para los órganos jurisdiccionales respecto a la valorización del dolo con sus componentes concurrentes de conocimiento y voluntad; sin embargo, resulta necesario precisar que dicha vinculación no es absoluta, por cuanto también es perfectamente posible que los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía se aparten de los criterios vinculantes de la Corte Suprema.

En ese orden de ideas se han venido desarrollando ciertos argumentos desvinculantes, conforme señala Yaipén Zapata<sup>43</sup>, en los que se deberá realizar una motivación cualificada, detallando las razones de hecho y de Derecho por las cuales el juez decide apartarse de algún precedente vinculante –conforme señala la segunda parte del artículo 22<sup>44</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial–.

## 2. De las marcadas diferencias entre las estructuras ontológicas y normativas

La teoría jurídica del delito ha transitado por diferentes sistemas, desde el causalismo de Frank von Liszt y Beling, pasando por el finalismo de Hans Welzel y Maurach, hasta el funcionalismo de Claus Roxin (sustentado en criterios de política criminal) y el funcionalismo sistemático de Günter Jakobs (amparado en un criterio sistémico-normativo)<sup>45</sup>.

La Casación N° 367-2011-Lambayeque pretende armonizar los postulados de la teoría del dominio del hecho con los criterios de la imputación objetiva, y superar los lineamientos ontológicos, conforme se advierte textualmente en la parte final del literal 4.10: “Desde su perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho,

41 Todo ello, de conformidad con el artículo 141 de la Carta Magna, cuando señala que: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley”; asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, fundamento 26, señala que la Corte Suprema puede fallar en casación o en última instancia. De la misma forma, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación, con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva; y el artículo 22 de la citada ley, establece que las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales son de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

42 El 18 de enero de 2010, el Juzgado de Investigación Preparatoria de José Leonardo Ortiz del distrito judicial de Lambayeque, decidió apartarse de los numerales 17, 18, 19, 20 y 21 del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, respecto al hecho de la imposibilidad de celebrar el proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia; véase YAIPÉN ZAPATA, Víctor. *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Ideas Solución, Lima, 2014, p. 312 y ss.

43 De la misma forma, la casación respecto a la creación de doctrina jurisprudencial, tiene tres funciones: **a)** Depuración y control de la aplicación del Derecho por los tribunales de instancia, **b)** Unificación jurisprudencial; y **c)** Verificación de la correcta determinación de la premisa menor de la justificación de la decisión. En ese mismo sentido, se puede indicar que la casación al igual que otras decisiones jurisdiccionales emitidas por la Corte Suprema como resultan ser los precedentes vinculantes, sentencias plenarias, acuerdos plenarios y sentencias casatorias plenarias, tienen tres características: **i)** Contienen principios o reglas jurídicas, **ii)** Son producto de la interpretación de la norma en su aplicación a hechos con relevancia jurídica- actuales o pasados; y **iii)** Tienen fuerza normativa para futuros supuestos similares. Véase, YAIPÉN ZAPATA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 306.

44 “Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan”.

45 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 30 y ss.

### Comentario relevante del autor



**Las resoluciones con carácter “vinculante” no son de observancia absoluta, toda vez que los jueces pueden apartarse de ellas, siempre que realicen una motivación cualificada, detallando las razones de hecho y de Derecho por las cuales deciden hacerlo.**

complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva –superando una perspectiva ontológica–, la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el Derecho Penal (...).”

Ante ello, nos preguntamos: ¿es correcto invocar la teoría del dominio del hecho propia del sistema finalista y desligarse de los planteamientos ontológicos?, ¿es correcto armonizar los lineamientos de la teoría del dominio del hecho con los planteamientos de la imputación objetiva? Las preguntas planteadas son contestadas por Feijoo Sánchez, quien indica: “No cabe duda de que

la teoría de la tipicidad en el ámbito del Derecho Penal está sufriendo una auténtica revolución a través de la denominada teoría de la imputación objetiva, que es fruto de una línea metodológica opuesta a la del finalismo. A la fundamentación y sistematización ontológica que caracterizaba al finalismo se ha opuesto una fundamentación y sistematización teleológica-funcional (...)”<sup>46</sup>.

El sistema de imputación de Hans Welzel parte desde un punto de vista ontológico<sup>47</sup>, y de estructuras lógico-objetivas<sup>48</sup> de carácter previo, las cuales son marcos referenciales en las disposiciones legales<sup>49</sup>. Asimismo, podemos afirmar que el pensamiento filosófico de Welzel y el pensamiento kantiano<sup>50</sup>, del cual estuvo influenciado el sistema causalista de von Liszt, tienen como punto central de imputación jurídico-penal al ser humano o al individuo, arrastrando de manera inevitable criterios naturalísticos propios del “ser”, por ello encontramos que el dolo está conformado por el conocimiento y la voluntad; la acción se entiende como conducta física o movimiento corporal expresado en un hacer o en un dejar de hacer y la pena como la motivación de evitabilidad de conductas lesivas (teorías de

46 FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2002, p. 25 y ss.

47 El ontologismo es un movimiento filosófico que afirma la presencia de ideas innatas en la mente humana y la posibilidad del entendimiento humano –con diversos matices– de conocer la esencia divina, y que tal idea es condición de cualquier otro conocimiento. Su mayor impulsor fue Nicolás de Malebranche y tuvo su crecimiento mayor en la Edad Moderna, aunque es evidente la influencia del pensamiento platónico en esta escuela.

48 Según Welzel, las estructuras lógico-objetivas son estructuras de la regulación jurídica, destacadas por la lógica concreta, que se orienta directamente en la realidad, siendo esta el objeto del conocimiento.

49 Asimilando una concepción fenomenológica del Derecho inspirada en Husserl y en la ontología de Hartmann; sin embargo, este autor posteriormente niega esta postura en su libro *El nuevo sistema del Derecho Penal*, donde establece que las sugerencias que fundamentaron el concepto final de acción las tomó de la obra *Fundamentos de la psicología del pensamiento* del filósofo Richard Höningwald; véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 84 y ss.

50 Para Kant, la ciencia se basa en juicios universales y necesarios procedentes de juicios sintéticos a priori derivados de nuestras facultades cognoscitivas. Por ello, Kant considera que las leyes de la naturaleza proceden del hombre que las elaboró mediante conocimientos apriorísticos y, de ahí, que las cosas se adaptan a los conocimientos y no a la inversa.

la prevención), desembocando ineludiblemente en criterios psíquico-naturalísticos inherentes al ser humano.

Ante esta problemática aparecen nuevos enfoques desligados del concepto ontológico-naturalístico e ingresados a criterios normativo-sistémicos de naturaleza funcional; uno de estos aportes es el concepto de persona<sup>51</sup> desarrollado por Hegel, quien la entiende **como aquel ente portador de deberes y de derechos en el mundo social**; en ese mismo orden de ideas, tenemos que Silvina Bacigalupo indica que el problema no radica en los instrumentos técnico-jurídicos, sino en el centro de imputación, es decir, el problema es del “sujeto del Derecho Penal”<sup>52</sup>, con esto, la responsabilidad jurídico-penal encontraría uno de sus fundamentos en la naturaleza socio-normativa del hombre<sup>53</sup>, desligándose de los planteamientos naturales ontológicos de Kant y de Welzel, los cuales apuntan como centro de imputación jurídico-penal al ser humano; de la misma forma podemos decir que el concepto de persona es un **estatus social**, otorgado por el **sistema social normativo**,

por tal razón Hegel sentencia: “Se persona y respeta a los demás como persona”<sup>54</sup>.

En ese contexto, el razonamiento de la casación aludida, mezcla las categorías jurídicas respecto a la imputación subjetiva, pareciendo que sigue la ruta literaria de Mary Shelley cuando escribió la obra *Frankenstein or The Modern Prometheus*<sup>55</sup>.

### 3. De la normativización del tipo penal

La dogmática penal en las últimas dos décadas ha venido desarrollando, con cierto vigor y fecundidad académica, una reestructuración del tipo penal, mudando los conceptos ontológicos propios del finalismo hacia conceptos normativos propios del sistema funcional; en ese sentido, la normativización del tipo penal, tanto en su nivel objetivo como subjetivo se encuentra manifestado con claridad.

La **normativización del tipo objetivo** implica que tanto los tres elementos que lo integran: **sujeto**<sup>56</sup>, **conducta**<sup>57</sup> y **concomitantes**<sup>58</sup>, son analizados fundamentalmente bajo lineamientos de atribución valorativa

51 Inicialmente se remonta a la antigua Roma a efectos de representarse una figura, posteriormente Boecio afirmaría que se trata de un ser individual con substancia racional para posteriormente entenderse como la expresión de la subjetividad de su portador. Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 26 y ss.

52 BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representante*. Ara Editores, Lima, 2002, p. 101 y ss.

53 SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Dogmática actual de la autoría y participación criminal*. Idemsa, Lima, 2007, p. 536 y ss.

54 POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTOS, Miguel. *Derecho Penal, Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004, p. 37 y ss.

55 Obra literaria que traducida al castellano significa *Frankenstein o el moderno Prometeo* o simplemente *Frankenstein*, que fue publicada en el año 1818. Entre sus capítulos destaca el de la creación de un monstruo formado de diferentes partes de seres humanos.

56 Referente a la clase de sujetos que intervienen en el hecho punible, es decir, si se trata de sujetos comunes o sujetos cualificados, ambos con capacidad de reprochabilidad.

57 Para analizar la conducta en el tipo objetivo, se deberá tener presente dos indicadores fundamentales: **i)** identificar la clase de delito que es materia de imputación, esto es, verificar si se trata de un delito de resultado, peligro, mera actividad, propia mano, de tendencia, plurisubjetivo, de participación necesaria, etc., y **ii)** identificar la forma de ejecución, es decir, verificar si el delito se ejecutó mediante forma activa u omisiva.

58 En este elemento se puede verificar la presencia de tres indicadores, siendo: **i)** imputación objetiva, tanto de la conducta como del resultado, **ii)** bien jurídico tutelado y **iii)** elementos descriptivos y normativos.

dentro de un plano social predeterminado tanto a la conducta desplegada por el autor y la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley penal; en ese sentido, la atribución de responsabilidad penal solo encuentra aceptación y legitimidad social, en la medida en que en cada caso concreto se analice concienzudamente indicadores propios del tipo objetivo, como son el **estatus del ciudadano en una sociedad determinada** (elementos referentes al sujeto), **los roles del ciudadano en sociedad** –rol general y especial–, mediante el cual se puede advertir la defraudación de expectativas sociales (elementos referentes a la conducta), y los **critérios de atribución, propios de la imputación objetiva**, que nos advierten la creación de riesgos relevantes o irrelevantes en el curso causal del hecho punible tanto de la conducta como del resultado (elementos concomitantes). En esa línea de ideas, el tipo objetivo deja de ser una mera expresión causal de atribución, convirtiéndose en un indicador de imputación que exige análisis valorativo de diversos factores de atribución<sup>59</sup>.

La **normativización del tipo subjetivo**, por su parte, implica comprender, en primer plano, que el elemento volitivo –en un delito de comisión dolosa– no forma parte en propiedad de la imputación subjetiva del hecho<sup>60</sup>, por cuanto la voluntad del agente delictual forma parte implícitamente de todas las categorías jurídicas del delito, esto es, aparece a nivel de la antijuridicidad –ya

sea en su vertiente formal y material–, por cuanto se asume que los intervinientes en el injusto penal tienen conocimiento que su accionar es contrario al orden jurídico por cuanto lesiona o pone en peligro bienes de tutela penal; de la misma forma, a nivel de la culpabilidad, la voluntad aparece identificada en la medida en que el nivel de reprochabilidad idóneo para sustentar responsabilidad penal se encuentra en el hecho de que se demanda al agente delictual la “exigibilidad de otra conducta”, esperando el Derecho Penal y el sistema social que el agente actúe conforme a Derecho, en ese sentido, un distinto accionar “voluntario” justifica imputar responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, la **normativización del tipo subjetivo** implica alejarse del enfoque tradicional orientado a saber si el agente delictual tuvo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, conforme indica García Caveró<sup>61</sup>, por cuanto dicho enfoque resulta ser indeterminado y gaseoso para fines probatorios, en razón de que el mismo procesado, por postura de defensa, negará conocer la norma prohibitiva.

Siendo esto así y siguiendo los aportes del autor antes mencionado, podemos concluir que el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo deberá ser reemplazado –al momento de valoración del caudal probatorio y la conducta de los sujetos procesales– por

59 En similar argumentación aparece lo desarrollado por Bernd Müssig, quien en su ensayo “Aspectos teóricos-jurídicos y teóricos-sociales” indica: puede considerarse que la estructura personal de imputación constituye una estructura fundamental de la atribución jurídico-penal de responsabilidad, en la medida en que la imagen de la administración del círculo de organización de cada uno se recogen los criterios de un rol común jurídico, estándares de la descripción social de la persona; véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos et ál. *Teoría de los sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Ara Editores, Lima, 2007, p. 264 y ss.

60 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 401; de la misma forma RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Ob. cit., p. 275 y ss., GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ob. cit., p. 513.

61 *Ibidem*, pp. 518-519.

## Comentario relevante del autor



**Los estándares del dolo normativo y los criterios del sistema de libre valoración probatoria, vigentes en el CPP del 2004, resultan ser afines, por cuanto sus indicadores y estructuras responden a planteamientos normativos ajenos a criterios subjetivos o naturalísticos.**

**criterios de percepción sensorial y juicios de valoración.** Siendo esto así, la “percepción sensorial” implica analizar el rol general del agente delictual en el caso concreto, teniendo como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción<sup>62</sup>; por otro lado, el **juicio de valoración** exige niveles de análisis superiores a la esfera del profano<sup>63</sup>, es decir, si nos encontramos con conocimientos específicos, propios de un rol especial.

Finalmente, podemos concluir que las formas de imputación subjetiva no versarán sobre estándares internos síquicos del agente delictivo, en razón de lo incierto e indefinido de dicha área al momento de ser valorada por el juzgador; en ese contexto, en los delitos dolosos el camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse –como indica García Caveró– en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las

competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por roles especiales, puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales<sup>64</sup>.

#### 4. De la armonía entre el dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria

Los estándares del dolo normativo y los criterios del sistema de libre valoración probatoria vigentes en el Código Procesal Penal del 2004, resultan ser afines por cuanto ambos están ajenos a los criterios subjetivos o psíquicos; toda vez que el dolo normativo, a través de los indicadores de la normativización del tipo subjetivo, permite analizar los criterios de imputación subjetiva a la luz de ciertas competencias expresadas en el mundo real según la plataforma del rol general o específico; por otro lado, el sistema de valoración de la prueba adoptado por el nuevo sistema procesal penal delimita indicadores de fuerza objetiva ajenos a la subjetivación de los sujetos procesales.

Los indicadores del dolo normativo, conforme se señaló, resultan ser los juicios de percepción sensorial (vista, tacto, oído, gusto y olfato, sentidos que transmiten información al sistema nervioso, siendo dicho sistema encargado de procesar la información, terminando dicho proceso con un mensaje determinado, producto del proceso de comunicación en sociedad) y los juicios de valoración (conocimientos especiales propios de la profesión y actividades que demanda niveles de conocimiento por encima del profano), los que serán analizados y compulsados con **el rol general y especial**, respectivamente, según la naturaleza del agente delictual en cada caso concreto.

62 Ibidem, p. 521.

63 Ibidem, p. 525.

64 Ibidem, p. 535 y ss.

En ese sentido, el elemento cognitivo resultará ser el único referente del tipo subjetivo, prescindiéndose de la voluntad al momento de la valoración de la conducta delictual. Este argumento encuentra respaldo con el criterio legal previsto en el artículo 16 del Código Penal, el cual deberá ser interpretado no como un fenómeno naturalístico causal, sino con criterios normativos propios de criterios de percepción sensorial y valoración, según el rol general o especial del sujeto, por cuanto en un delito de comisión dolosa el agente “decide” cometer el injusto penal, habiendo previamente conocido el *iter* criminal, teniendo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo producto de un juicio de percepción sensorial.

Por ejemplo, en el delito de robo, el agente delictual recaba información producto del proceso de percepción sensorial desarrollado con anticipación, por lo tanto, asume un nivel de conocimiento profano o genérico respecto a **la ilicitud de la norma prohibitiva de no dañar**; dicha percepción llevó a los intervinientes en el hecho punible a que tengan el mínimo conocimiento de que apoderarse de un bien mueble ajeno implica lesionar un rol general propio de un deber genérico. En ese mismo orden de ideas, en el delito de prevaricato, el nivel de conocimiento por razón del sujeto cualificado supera el estándar de un rol general, exigiéndose un juicio de valoración cualificado, por cuanto el injusto penal exige conocimientos especiales respecto a contravenir normas, usando leyes supuestas o derogadas.

El sistema de libre valoración probatoria ha sido adoptado en el Perú, conforme se evidencia en los incisos 1 y 2 del artículo 157<sup>65</sup> del Código Procesal Penal, habiéndose establecido que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley, de la misma forma no se tendrá en cuenta los límites probatorios señalados por las leyes civiles con las excepciones del estado civil o ciudadanía de las personas.

En ese contexto, la valoración de la prueba estará sujeta a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia; en los casos de declaraciones de testigos referenciales, arrepentidos, colaboradores eficaces y situaciones similares, tendrán eficacia probatoria en la medida en que sean corroboradas con otras pruebas; de la misma forma la valoración de la prueba indiciaria: esta será eficaz en la medida en que el indicio esté probado, el método de la inferencia esté basado en la reglas de la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia, y los indicios sean contingentes, plurales, concordantes y convergentes, conforme aparece señalado en el artículo 158<sup>66</sup> del citado Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas, expuesta la concepción del dolo normativo –analizados bajo los indicadores objetivos de juicios de percepción sensorial y juicios de valoración, según el rol general o específico desarrollado en una sociedad determinada– y el sistema de libre valoración probatoria, ambos resultan tener puntos en común y de gran utilidad

65 “Artículo 157.- Medios de prueba

1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.  
(...)”.

66 “Artículo 158.- Valoración

1. 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.

para la administración de justicia, por cuanto nos permiten desligarnos de criterios subjetivos e inciertos, y transitar bajo reglas objetivas y racionales.

En efecto, la valoración probatoria tiene fundamentalmente cuatro indicadores:

**i)** La lógica<sup>67</sup>, **ii)** la ciencia<sup>68</sup>, **iii)** las

máximas de la experiencia<sup>69</sup> y **iv)** las reglas de la prueba indiciaria<sup>70</sup>; indicadores que deberán aplicarse según la peculiaridad del caso concreto. A continuación presentamos un cuadro sinóptico sobre los indicadores de afinidad del dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria.

2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

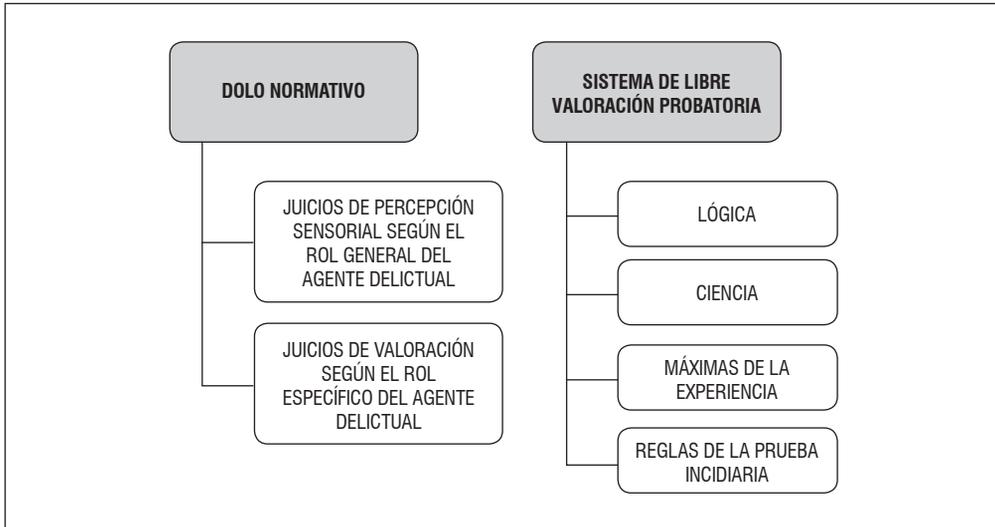
c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes”.

67 El Código Procesal Penal de 2004 no hace referencia al tipo de lógica, por cuanto existen diversas clases de lógica: deductiva, modal, deóntica, plurivalente, cuántica, etc., sin embargo, entendemos como conocimiento básico que la lógica está vinculada a los diversos criterios de argumentación racional sobre realidades objetivadas evidenciadas o manifestadas en el mundo social; en ese sentido, surge la necesidad de tener como marco referencial una estructura de logicidad argumentativa. Manuel Atienza traslada al sistema jurídico los argumentos desarrollados por Toulmin, quien indica que toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar; si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. Por lo tanto, los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de la experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos indicados en la pretensión, y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía. Véase ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Ob. cit., p. 55 y ss.

68 Según el Diccionario de la Real Academia Española, la definición de ciencia es: “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales”. Por otro lado, Michele Taruffo dice: “no hay duda sobre las denominadas ciencias ‘duras’ o ‘no humanas’, tales como la química, la física, las matemáticas, la ingeniería, la biología, la genética, etcétera. En consecuencia, en los casos que las ideas proporcionadas por estas ciencias son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deban ser probados en un proceso civil, no surgen problemas, y el juez ordena de plano que se realicen los informes técnicos necesarios. Sin embargo, surgen problemas cuando se trata de las ciencias denominadas ‘humanas’ o sociales, como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, la crítica literaria, la estética o la ciencia de las religiones. Por un lado, a propósito de muchos campos del saber, se discute nada menos, si se trata realmente de ‘ciencias’ en el sentido propio del término, ya que a menudo faltan caracteres como el de verificabilidad empírica o el de la posibilidad de repetición de los experimentos”. Véase TARUFFO, Michele et ál. *Estudios sobre la prueba*. UNAM, México D.F., 2006, p. 146.

69 La doctrina procesalista en materia de prueba, presenta algunos indicadores respecto a las máximas de la experiencia: **i)** de carácter científico o especializado como aquellas aportadas por los peritos; **ii)** de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; **iii)** de carácter privado, respecto a las experiencias corrientes, esto es, derivadas de la experiencia del juez al margen del ejercicio de su profesión; **iv)** por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente; **v)** por definiciones o teorías que suelen ser proporcionadas por la doctrina, pero pueden proceder también de la jurisprudencia o, incluso, tener carácter legal, por ejemplo, cuando se permite dar por probado que cierta consecuencia ha sido intencional y, por tanto, puede apreciarse al menos dolo eventual—depende si se acepta una definición de consecuencia intencional como consecuencia meramente prevista o como consecuencia prevista y además deseada o aceptada—, Véase GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Ob. cit., p. 61.

70 Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido. Aplicado el indicio al



## VI. Toma de postura

Discrepamos de la opinión de los magistrados de la Corte Suprema respecto a la Casación 367-2011-Lambayeque, por cuanto la valoración de la conducta de la encausada Correa Montenegro se realizó desde una “perspectiva subjetiva”, conforme se advierte textualmente del considerando 4.11 de la citada casación: “(...) que desde una perspectiva

subjetiva de la conducta, debemos afirmar que la procesada no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro,

proceso criminal, este es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal y, que por lo mismo, da motivo para concluir que se ha cometido el crimen, que ha tomado parte en él un individuo determinado, o que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado; véase MITTERMAIER. Carl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9ª edición, Reus, Madrid, 1959, p. 439. Por otro lado, Devis Echandía sostiene: “(...) Se ha discutido si el razonamiento valorativo es inductivo o deductivo. Si se contemplan los hechos conocidos y la conclusión que de ellos se obtiene para dar por cierto el hecho desconocido, es indudable que la operación lógica que entonces se utiliza, es de naturaleza inductiva: De aquella se induce la existencia o inexistencia de este; desde ese punto de vista tienen razón los autores que consideran inductivo el razonamiento probatorio que acompaña a los indicios. Pero si se contemplan las máximas generales de la experiencia o la regla técnica que se utiliza para el argumento probatorio, se tiene que de la generalidad y constancia de aquella se deduce el nexo o conexión que debe existir entre los hechos indiciarios y el hecho desconocido por probar, y entonces aparece una especie de razonamiento deductivo, aun cuando en el fondo es una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa como observa Dellepiane; y más adelante concluye diciendo: “no puede descartarse el razonamiento deductivo en la valoración de la prueba por indicios, como lo enseñan también otros autores: inducción y deducción se confunden en el juicio lógico crítico”, véase DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II, 3ª edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1974, p. 624 y ss. Nuestra corte Suprema ha desarrollado en gran parte dichos indicadores en el Recurso de Nulidad N° 1912-2009-Piura.

mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada”.

El proceso de valoración desarrollado en la casación transita bajo los lineamientos de un cargado subjetivismo propio del sistema de íntima convicción, en virtud del cual el juez, en mérito a su convicción íntima de los hechos y de los medios de prueba, asume un criterio determinado en cada caso concreto; lo cual se evidencia al argumentarse contextualmente que la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el Derecho Penal, por cuanto la procesada no actuó dolosamente en razón de que no existe prueba suficiente para determinar que habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada.

Esto significaría haber valorado el tipo subjetivo del delito de violación sexual desestimando elementos periféricos y objetivos que circundan los hechos, por cuanto la Corte Suprema da por sentada la ausencia del conocimiento delictual en la encausada respecto a la finalidad criminal del autor, en

razón de que no existiría prueba suficiente. Este argumento descansa en la versión de la menor, que acredita que dos de las siete ocasiones en que sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para cometer dicho ilícito<sup>71</sup>; empero, recibir este argumento implica no valorar los juicios de percepción sensorial y el accionar o rol general que le asiste a todo ciudadano en sociedad, interpretando literalmente los elementos descriptivos y normativos del tipo penal aludido, y cerrar los criterios valorativos del sistema de libre convicción probatoria.

Consideramos que la imputación subjetiva del hecho y la libre convicción probatoria resultan ser un binomio de gran utilidad para resolver un hecho con contenido penal; en ese sentido, en primer orden, se tiene que considerar que el sistema de atribución penal se mueve en un plano normativo y no así en planos naturalísticos u ónticos; en segundo lugar, debemos considerar que el centro de imputación jurídico-penal es una persona, la cual es portadora de deberes y derechos en sociedad propio de roles generales<sup>72</sup> y

71 Véase considerando 4.11 de la Casación 367-2011-Lambayeque.

72 Nuestra Corte Suprema viene aceptando la operatividad de los roles en sociedad, conforme se evidencia en el Recurso de Nulidad 1446-2006-Ica, de fecha 19 de julio de 2007, donde se analiza un rol general del hombre promedio en sociedad, cuando indica: “Que, con relación al procesado Guerrero Tejada, este Colegiado estima que no se encuentra probado que en su actuar en la comisión que integró haya sido poco diligente, sino que se desarrolló dentro de los parámetros del principio de confianza, que lo exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido -en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”. En el mismo sentido, en el Recurso de Nulidad N° 1666-2006-Arequipa, de fecha 25 de julio de 2007, se advierte: “Que, en autos se ha acreditado que la citada orden de compra número cero cero seiscientos ochenta y siete no fue elaborada por el citado encausado, pues este documento ya venía elaborado por las áreas de adquisiciones, de abastecimiento y de apoyo administrativo, conforme se verifica en la firma y sellos consignados, luego pasa al almacén donde el acusado firma dando conformidad de recepción de la mercadería, sigue su recorrido a logística para terminar en el departamento de contabilidad donde se gira el cheque respectivo. Esta cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido genera, conforme al criterio de imputación objetiva, el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles, y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido, no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley”.

específicos; y en tercer lugar, la valoración de la prueba deberá ser considerada bajo los lineamientos de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y, de ser el caso, los criterios de la prueba indiciaria.

Asimismo, consideramos que, en el caso concreto, se debió arribar a una tesis de responsabilidad penal a nivel de complicidad secundaria respecto a la encausada Correa Montenegro, por cuanto los criterios imputación subjetiva –bajo lineamientos normativos– nos permiten evidenciar que a la encausada le corresponde un **rol general** propio de un respetable ciudadano de a pie en convivencia social, a quien se le exige mínimamente conocimientos genéricos de no dañar a terceros, deber genérico propio de una norma prohibitiva general.

En ese sentido nos preguntaríamos: ¿cómo actuaría un ciudadano común al tener conocimiento por parte de un menor de edad que una tercera persona mayor de edad practica con él actos sexuales a cambio de sumas dinerarias?, ¿prestaría su vivienda un ciudadano común para que ingresarán a solas un menor y una persona adulta? Las preguntas planteadas, partiendo de un elemental entendimiento de responsabilidad social, tendrían como respuesta que la conducta de un ciudadano responsable sería oponerse a las actividades sexuales aludidas, y no prestar su vivienda para la permanencia de un menor de edad a solas con una persona adulta; en ese sentido, se evidenciaría la infracción de un rol general en mérito al hecho de haber tenido el conocimiento idóneo producto de la información recibida y procesada a través de la percepción sensorial, bajo cánones del hombre promedio en sociedad.

Finalmente, el proceso de valoración probatoria –según el sistema de libertad probatoria–, nos arrojaría como indicadores de responsabilidad los siguientes:

### Comentario relevante del autor



**El dolo normativo señala que la imputación subjetiva radica en juicios de percepción sensorial y en juicios de valoración, los que tienen como soporte el rol general y especial del sujeto, según los estándares de una sociedad determinada.**

i) comportamiento estandarizado del rol general en sociedad producto de juicios de percepción sensorial propios del hombre promedio, ii) la declaración de la menor agraviada de iniciales R.N.S.R, quien indica textualmente: “(...) sabe que el señor Gilberto la ha violado, que ha llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio (...)”, “(...) que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es, para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptaba y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles (...)”.

La declaración de la menor agraviada, como medio de prueba, debió ser valorada según los lineamientos previstos en el inciso 1 del artículo 158 del Código Procesal Penal, esto es, conforme a los indicadores de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En ese sentido, a la luz del **principio de pertinencia**, mediante el cual el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, se distinguen algunos indicadores como las condiciones personales de la víctima, en este caso, menor de edad<sup>73</sup> y el **aprovechamiento de dicha condición**; indicador que,

a la luz del hombre promedio en sociedad, es fácilmente advertido de la misma narración del supuesto fáctico detallado por la menor, quien indica haber consentido la actividad sexual por ofrecimiento dinerario, criterio que tuvo conocimiento la encausada según los antecedentes fácticos.

En ese contexto dicho indicador resulta ser coherente con los criterio de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional<sup>74</sup>, cuando se establece específicamente que el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando “el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”; siendo esto así, podemos concluir la existencia de evidencia de contribución material por parte de la encausada para con el plan concreto del autor.

## VII. Conclusiones

1. El Código Penal peruano de 1991 no contiene prohibición expresa sobre la aceptación del dolo normativo como elemento de imputación subjetiva, por lo tanto, es perfectamente posible fundamentar una imputación jurídico-penal, en un caso

concreto, desde el prisma del dolo cognitivo. En ese sentido, los jueces deberán realizar una fundamentación cualificada que justifique su apartamiento de los criterios establecidos en la Casación N° 367-2011-Lambayeque, conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. El dolo normativo señala que la imputación subjetiva radica en **juicios de percepción sensorial** y **juicios de valoración**, los que tienen como soporte el rol general y especial respectivamente, según los estándares de una sociedad determinada; en ese sentido, la imputación subjetiva encuentra justificación en la medida en que el encausado haya infringido el rol respectivo.
3. El sistema de libre valoración probatoria (asumido en nuestro país, conforme lo señala el artículo 158 del Código Procesal Penal) demanda que la prueba, al momento de ser compulsada por el juzgador, deba seguir los cánones de la lógica, la ciencia, las máximas de la experiencia y los indicadores propios de la prueba indiciaria.
4. El dolo normativo y el sistema de libre valoración probatoria resultan ser afines

73 Véase el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, considerando 30, que establece: “(...) La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana, aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** Por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** Por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** Por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** Por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** Por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental (...)”.

74 Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes: **a)** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. **b)** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre. **c)** El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

para resolver casos concretos, por cuanto sus indicadores y estructuras responden a planteamientos normativos ajenos a criterios subjetivos, naturalístico u ontológicos.

5. Las estructuras ontológicas y normativas tienen fundamentaciones materiales distintas; por lo tanto, resulta confuso y erróneo usarlas de manera concurrente en un mismo supuesto fáctico –tal como hizo la Corte Suprema en la Casación N° 367-2011-Lambayeque–, debiéndose optar por cualquiera de ella y usarlas de manera uniforme.



### Bibliografía

- BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representante*. Ara Editores, Lima, 2002.
- BENITES SÁNCHEZ, Santiago. *Derecho Penal peruano. Comentarios a la parte general del Código Penal*. Tomos I y II, 2ª edición, Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1958.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Eddili, Lima, 2002.
- CERESO MIR, José. *Obras completas. Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II, 3ª edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1974.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2002.
- GALVÁN GONZALES, Francisco. *El concepto de autor del delito. Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*. Ubijus, México, D.F, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos et ál. *Teoría de los sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Ara Editores, Lima, 2007.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores-Temis, Lima-Bogotá, 2005.
- JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario (1997-1197)*. Grijley, Lima, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- MITTERMAIER, Carl. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9ª edición, Reus, Madrid, 1959.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2015.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. *Derecho Penal, Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- SALAZAR MARÍN, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal. Escuela dialéctica del Derecho Penal*. 2ª edición, Ibáñez, Bogotá, 2011.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Dogmática actual de la autoría y participación criminal*. Idemsa, Lima, 2007.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele et ál. *Estudios sobre la prueba*. UNAM, México D.F., 2006.
- TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Temis, Bogotá, 1995.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimpresión, Grijley, Lima, 2010.
- YAIPÉN ZAPATA, Víctor. *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Ideas Solución, Lima, 2014.