

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DELITOS IMPRUDENTES:
CON ESPECIAL REFERENCIA AL TRÁFICO VIAL Y AL ARTÍCULO 124
DEL CÓDIGO PENAL**

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

Róger Yon Ruesta

ASESOR

Dr. César Landa Arroyo

MIEMBROS DEL JURADO

Dr. Víctor Prado Saldarriaga

Dr. Yván Montoya Vivanco

LIMA – PERÚ

2016



Resumen

No es novedad la pretensión de objetivar las valoraciones jurídico-penales en el tratamiento de los delitos. Sí lo es que a las restricciones de los derechos fundamentales se les exija legitimación que, a decir del autor, encuentra contenido material en la lectura constitucional de la actuación de operadores de justicia y restricción o limitación de los derechos fundamentales del involucrado en un suceso de riesgo prohibido a título de delito imprudente.

El autor denuncia, en los casos que presenta, la manipulación de personas a quienes se les lesionó la dignidad y otros derechos cuando fueron sometidas a un proceso que eventualmente produjo sentencias condenatorias o declaración de culpabilidad que se enmarcan en procesos penales que califican de meros rituales.

Abstract

It is not new the attempt to make legal assessments more objective in the treatment of crimes. However, it is new to require the limitation to restrictions on fundamental rights.

According to the author, the content of this limitation is located in the constitutional interpretation of judges and prosecutors and in the restriction or limitation of fundamental rights of the accused of a negligent crime.

In the cases presented by the author, he denounces the manipulation of people that had their dignity and other rights injured when they were subjected to a trial that declared them guilty under criminal proceedings which are mere rituals.

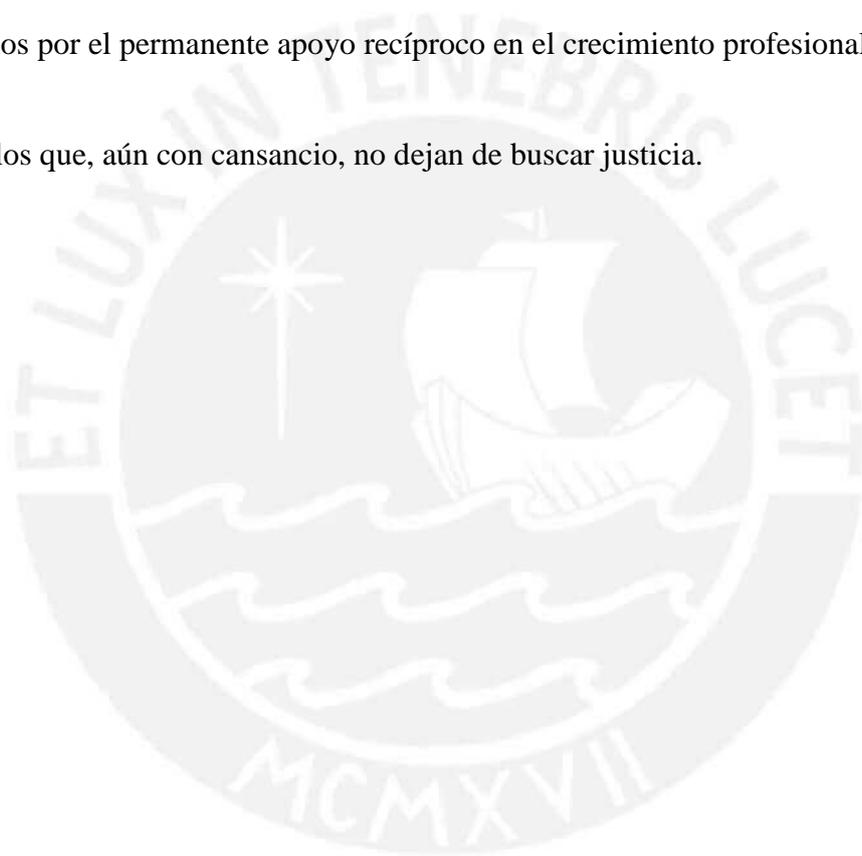
Palabras clave: Delitos imprudentes, comportamiento típico, imputación objetiva, principio de confianza, suceso de riesgo, dignidad, derechos fundamentales, deber de cuidado, principio de legalidad, responsabilidad objetiva, garantías constitucionales.

Agradecimientos

A César Landa y a los realizadores de esta maestría por su entusiasmo en esta aventura académica.

A mis socios por el permanente apoyo recíproco en el crecimiento profesional.

Y a todos los que, aún con cansancio, no dejan de buscar justicia.



Contenido

Introducción	6
--------------------	---

Capítulo 1

Estado Social de Derecho y dignidad de la persona

1. El modelo constitucional como marco de la dignidad	15
2. El concepto de dignidad	17
3. El Derecho Penal y la dignidad humana	21
3.1 Mínima intervención y garantía de eficacia del Derecho Penal	21
3.2 Sobre el Derecho Penal Constitucional	23
3.3 El principio de culpabilidad como límite constitucional a la configuración de delitos determinados y cualificados por el resultado	26
4. El principio de legalidad como protector de la dignidad humana	35
4.1 Principio de legalidad y responsabilidad objetiva	36
4.2 Concepto y clases de responsabilidad objetiva.	37

Capítulo 2

Los delitos imprudentes

1. Tipo de injusto del delito imprudente.....	46
2. Estructura de los delitos imprudentes.....	50
3. Infracción al deber de cuidado y reglas técnicas	53
4. Delitos imprudentes recogidos en el artículo 124 del Código Penal.....	57

Capítulo 3

Interpretación constitucional de los tipos imprudentes (art. 124 del Código Penal) a partir de la casuística

1. Caso del volquete con desperfectos (Exp. 24414-11)	66
1.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante	67
1.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta del acusado	68
1.3 Principio de confianza.....	70
1.4 Ámbito de protección de la norma	71
2. Caso N° 2: Caso del falso delito imprudente agravado (expediente N° 712-2014)	78
2.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante	80

2.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta del imputado	81
2.3 Principio de confianza.....	82
2.4. Ámbito de protección de la norma	83
3. Caso N° 3: Admisión de culpabilidad sin culpabilidad (ingreso N° 164-2014).....	87
3.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante	88
3.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta de los distintos involucrados.....	89
3.3 Principio de confianza.....	90
3.4 Ámbito de protección de la norma (Reglamento de Tránsito)	90
Conclusiones	95
Bibliografía	97



Introducción

La vida en sociedad implica someterse a reglas de convivencia que limitan la libertad de acción¹ de cada ciudadano, quien ya no podrá hacer todo lo que quiera, sino que deberá ajustar su comportamiento a las normas y, en sede penal, a las normas de conducta (eventualmente también a la norma de sanción). Esta restricción al derecho fundamental se basa en la necesidad de viabilizar ciertas actividades que suponen riesgos de afectación a otros derechos fundamentales como la salud, la vida, etc. Desarrollar dichas actividades justifica la restricción a la libertad de acción porque implican progreso y bienestar para la sociedad en su conjunto, aun cuando ello conlleve a nuevas problemáticas, como la congestión vehicular (cfr. Tomoche 2016).

En esta tesis, hemos recurrido al concepto constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho para invocar principios constitucionales como el de presunción de inocencia², legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc. Estos emergen como ejes rectores de la intervención del Estado y, en concreto, de los operadores de justicia en el proceso penal desde su primera actuación frente a un comportamiento que califican como penalmente relevante.

Nuestra mirada se enfoca en la legitimación de la intervención de los operadores de justicia en base a verificar si ésta responde a criterios de necesidad, proporcionalidad y

¹ Desde la realidad colombiana, Bernal Pulido señala a partir de la sentencia T-103 de 1997 de la Corte Constitucional: “bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectué acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos pueden estar causando o llegar a causar en el conglomerado. [...] Se convendrá que la tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad general de acción y que, como tal, debe estar justificada, y además de la pena prevista debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición. Dicho de manera negativa: las leyes penales carentes de fundamento y las penas excesivas están prohibidas por la libertad garantizada constitucionalmente” (2005: 118 y 124).

² Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2012: 36-37).

conocimientos mínimos de imputación objetiva (a título de justificar dicha intromisión en la libertad de acción).

Para centrar los puntos de discusión hemos seleccionado tres casos cuyo análisis constitucional, a partir del principio de dignidad de la persona, permite verificar o descartar si los imputados fueron instrumentalizados para someterlos a un procedimiento que sólo significó un ritual. En efecto, como apreciaremos, fueron involucrados en el proceso de manera arbitraria y sin ningún sustento penal ni constitucional, atendiéndose solamente al principio precautorio para suponer una responsabilidad penal. Pretendemos que la lectura constitucional penal de los derechos fundamentales en el proceso, brinde una alternativa de actuación a dichos operadores, así como orientar al ciudadano de a pie para que sepa cómo proceder cuando se vea involucrado en un evento vial que se califique como delito imprudente.

Ya en otras latitudes, por ejemplo en Alemania, se ha creado jurisprudencia en aplicación del principio de dignidad humana. Así, podemos citar la Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre de 1970 (-2BvF1/69, BvR629/68 y 308/69), sentencia BVerfGE30,1 sobre escucha telefónica, en la que se ha dejado sentado que:

[E]l ser humano se vuelve un simple objeto, no solo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho en la medida que debe adherirse a este sin que se tomen en cuenta sus intereses [...] se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana [...] en ese sentido tiene también el carácter de un “trato abyecto”. (Schwabe 2009: 53-54)

En la línea de lo expuesto, destacamos el marco constitucional, con énfasis en los principios mencionados que, a decir de Ureña Carazo deben marcar el derrotero del proceso penal de cara al respeto a los derechos fundamentales en juego —no sólo los de la víctima sino, también, de quien fue calificado como autor del delito imprudente— (2014: 193-194). Nos referimos a la concepción expansiva de interpretación del contenido jurídico de los derechos fundamentales procesales, en contraposición a la

interpretación restrictiva que limita dicha interpretación a lo señalado textualmente por la ley y por los tribunales.

Para brindar nuevos elementos para la interpretación normativa de los derechos fundamentales hemos recogido algunos avances de la neurociencia. Estos desestiman la división mente-cuerpo que ha marcado el análisis del tipo de injusto en objetivo y subjetivo, así como la imputación en objetiva y subjetiva, entre otros que podrían subsistir pero ya no con un sustento ontológico sino normativo. En ello radica el esfuerzo del primer capítulo.

En el segundo capítulo nos centramos en la configuración del tipo de injusto imprudente. Para ello recurrimos a los postulados del profesor Wolfgang Frisch³ sobre la construcción de la conducta típica imprudente teniendo como línea meridional los criterios de imputación objetiva. Esta elección se justifica en que dicho profesor rescata como imprescindible la legitimación de la intervención en la restricción a la libertad de acción solamente: a) si se legitima su necesidad y proporcionalidad, además de descartar el riesgo residual (que es riesgo permitido en tanto se reconoce que la regulación del riesgo no lo reduce a cero); o b) si se trata de casos de mínima lesividad con lo que resulta innecesario mover toda la maquinaria penal por la insignificancia, a decir del principio de mínima intervención. Por cierto, allí no se agota la exigencia de legitimación de la intervención de los operadores.

Hemos tomado como trabajo guía la tesis doctoral de Porciúncula (2014) quien acude a la concepción filosófica de Habermas y Wittgenstein del giro lingüístico pragmático para dar una lectura objetiva de lo subjetivo.⁴

³ El profesor Frisch respecto a la comprensión de los peligros desaprobados plantea el debate de “criterios de verificación específicamente jurídico-constitucionales: como limitación de la libertad de acción, la desaprobación de determinados comportamientos en virtud de su peligro característico requiere aún legitimación, la cual no puede circunscribirse al propio peligro. La prohibición de comportamiento, para que pueda estar legitimada la restricción de libertad a ella conectada tiene que ser apropiada y necesaria para el fin perseguido al establecerla –esto es ante todo para la protección de determinados bienes, condiciones de existencia y de desarrollo– y además no debe representar una intervención inadecuada y desproporcionada” a lo que agrega de entrada “vienen en consideración limitaciones en el sentido de la renuncia a castigar determinadas conductas prohibidas por motivos de falta de idoneidad, necesidad o adecuación (proporcionalidad) de la intervención penal”. (2004: 85 y 92).

⁴ En especial el capítulo tercero.

Asimismo, en la última parte de este capítulo brindamos una lectura crítica del artículo 124 y extendemos nuestra propuesta de *lege ferenda*, que es acorde con el resguardo de los derechos fundamentales y la legitimación de la actuación de los operadores de justicia.

La lectura constitucional con incidencia en la resolución de casos penales configura el tránsito del capítulo tres. En el cuadro de la realidad judicial los operadores de justicia encontraron responsabilidad penal en los conductores. En los tres casos analizados se invocó el reglamento de tránsito y, en específico, que condujeron a una velocidad “no adecuada para el momento y el lugar” (artículo 160 del Código de Tránsito). Esto fue traducido por el fiscal a cargo como pasibles de una imputación penal y atribución de responsabilidad. Es así que en dos de los casos (uno purga cárcel efectiva) los jueces materializaron sentencias condenatorias. Otro de los hechos paradójicos es que no se investigó a los que, desde el punto de vista que aquí sostenemos, crearon los riesgos penales y cuyas consecuencias fueron atribuidas posteriormente a los conductores.

Lo curioso de estos casos es que varios de los fiscales y jueces que conocieron estas causas pertenecen al sub sistema de Jueces Especializados en Delitos de Tránsito. Subsistema judicial que fue creado para, entre otros objetivos, contar con operadores de justicia conocedores del tratamiento dogmático y constitucional para resolver los eventos calificados como lesiones o muerte por comportamientos imprudentes en el tráfico vial.

Finalmente, entendemos que nuestra postura de aplicar derechos fundamentales en la lectura de estos casos concretos podría no ser compartida. Esto quizá ocurra porque no se asignan la función de resguardo que aquí le otorgamos para los derechos fundamentales en el proceso penal. Es posible que discrepemos con algunos criterios de imputación que hemos recogido o, tal vez, no se comparta la importancia que le otorgamos a la imputación objetiva de cara a la configuración de la conducta típica imprudente. Pero en lo que de seguro estaremos de acuerdo es que en los casos citados los conductores no debieron ser imputados como responsables del evento imprudente. Es decir, se trata de casos de personas inocentes calificadas como culpables e instrumentalizadas para rendir veneración a un proceso que bien podría ser calificado de mero ritual. Al estar de por medio la dignidad de las personas involucradas y otros

derechos fundamentales resulta urgente que nos involucremos en encontrar alternativas de solución. Este trabajo tiene la ostentosa pretensión de provocar tal involucramiento.



Capítulo 1

Estado Social de Derecho y dignidad de la persona

Es necesario comenzar relatando, de manera sintética, tres casos que han sido tramitados ante el Ministerio Público y, dos de ellos judicializados. La variable concordante en los tres casos es “la instrumentalización”¹ de los conductores imputados por la comisión de un delito imprudente, cuya dignidad se afecta de forma concreta al presumir su responsabilidad penal por el solo hecho de haber participado en el evento. Y es que, como se podrá apreciar, en la regulación vial de Perú, no sólo se ha cambiado del Decreto Legislativo N° 420 a una norma de inferior rango, como es el Decreto Supremo N° 033-2001 (que luego fuera ratificado en el extremo de las velocidades por el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito —Código de Tránsito— Decreto Supremo N° 016-2009). Pero además —con los decretos supremos mencionados— se acoge abiertamente el *principio de precaución* que afirma que el conductor, por asumir el riesgo de conducir un vehículo, debe prevenir no sólo los riesgos y peligros presentes, sino también los futuros, al acoger el término “posibles”².

¹ Gutiérrez Gutiérrez señala respecto de la fórmula de la no instrumentalización (*Objektformel*) lo siguiente: “ya Düring había observado que definir la dignidad mediante la fórmula de la no instrumentalización entrañaba una cierta simplificación, y que el postulado resulta precisado en su contenido mediante el concreto desarrollo jurídico-positivo que proporcionan los singulares derechos fundamentales en los que se resuelve y ‘que están a disposición del hombre ligado a su particular situación, que se desenvuelve su existencia en el tiempo y en la comunidad’”. Asimismo, acota citando a Nipperdey “la dignidad humana impone no tratar al individuo como objeto de la actividad del poder público”. (2005: 41 y 30).

² El Decreto Supremo N° 016-2009, en su artículo 160 señala: “el conductor no debe conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable ni prudente, bajo las condiciones de transitabilidad existentes en una vía, *debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y posibles*. *En todo caso*, la velocidad debe ser tal que *le permita controlar el vehículo para evitar accidentes*”. Énfasis nuestro.

Un dato no poco importante a destacar es que hasta el cambio legislativo antes anotado era regular ver sentencias que invocaban la aplicación del *principio de confianza*, aunque no se verifique un juicio de imputación³.

A continuación presentaremos los tres casos anunciados. Esto nos permitirá posteriormente abordar el marco teórico sobre el Estado Social y Democrático de Derecho, con el derecho fundamental *dignidad* como eje de orientación, tanto en su ámbito de determinación, como en el de verificación de la afectación. Ello de cara a reconocer el contenido material de este derecho fundamental.

Caso N° 1: Caso del volquete con desperfectos (expediente N° 24414-2011)

Siguiendo la Resolución N° 770, nos remontamos a la tarde del día doce de octubre del 2011 cerca de Lurigancho, Chosica, aproximadamente a las 3:30 pm. El señor Q trabajaba como chofer de una empresa de construcción. Dos días antes había observado un desperfecto en el vehículo, lo que comunicó a sus empleadores de la empresa Volquete Maquinarias S.A., quienes le dijeron que el vehículo ya había sido reparado y le devolvieron el camión el mismo día del evento. El día de los hechos, el señor Q manejaba dicho camión volquete por la carretera, trayendo consigo una carga de desmonte que debía llevar hasta una obra llamada “Los Parques de Villa el Salvador”. Bajando una pista afirmada y empinada de aproximadamente 1000 metros, el chofer se da cuenta de que los frenos del vehículo no respondían, por lo que decidió utilizar la caja de cambios como contención a la velocidad que se iba incrementando por el peso y la inclinación.

La caja de cambios reventó y, ante la evidente imposibilidad de detener el vehículo, el señor Q dirigió el vehículo hacia una pared del lado izquierdo de la pista. Al aproximarse a dicha pared, abre la puerta del conductor y se tira, fracturándose una pierna. El vehículo adopta una dirección arbitraria por lo irregular de la vía, retomando la pista. Quinientos metros más abajo cruza otra pista y termina colisionando con una

³ Villavicencio Terreros (2013: 384-405) consigna diversas sentencias anteriores al cambio legislativo operado el 2001, a excepción de una sentencia de la CSJ Lima Norte (Ejecutoria Suprema del 20 de enero de 2005, Recurso de nulidad N° 2161-2003). En estos casos los tribunales nacionales se apoyan en el principio de confianza para la resolución de casos de imprudencia en el sector vial aunque, como hemos verificado, no se señala cómo.

casa y produciendo la muerte de cuatro personas y dejando gravemente heridas a otras cuatro. El señor Q es acusado de homicidio culposo y lesiones culposas, por lo que es condenado a cinco años de pena privativa de la libertad, de la cual se descontará el tiempo de prisión preventiva que se le impuso por este mismo hecho (aproximadamente un año y medio).

Caso N° 2: Caso del falso delito imprudente agravado (expediente N° 712-2014)

El 23 de marzo de 2013, alrededor de las 4:30 de la mañana, sucedió una serie de colisiones vehiculares en la carretera Panamericana Sur, a la altura de la avenida Primavera. Participaron cinco vehículos, entre los que se encuentra el vehículo conducido por el señor Luis Gustavo.

El vehículo A era conducido por el señor Luis Gustavo en el carril central de tres vías. Al perder el control temporalmente por haber estornudado, el conductor Luis Gustavo choca levemente al vehículo B, que iba delante. Por esa razón, B se desvía hacia la derecha donde impacta con el vehículo C.

El vehículo B, a causa del impacto con el vehículo C, sale desviado hacia el carril izquierdo contiguo, donde D, quien previamente se percató de la acción de A colisiona con el vehículo B. Ésta última colisión ocasiona que los vehículos B y D sobrepasen la berma central y terminen en la vía en sentido contrario. Los vehículos B y D son impactados por el vehículo E, que se desplazaba en la vía en sentido contrario⁴. Producto de esta colisión múltiple, el conductor del vehículo D resulta con lesiones que ameritaron 15 días de incapacidad.

En razón al orden secuencial del accidente, la Juez de Paz señaló increíblemente que, si bien 15 días de incapacidad se tipifican como faltas imprudentes, también es cierto que el certificado de alcoholemia arrojó 0.40 gr/l de alcohol y que dicha cantidad “es superior a 0.5 gr/l” señalados en la norma penal que tipifica como delito conducir un vehículo con una cantidad de gr/l superior.

⁴ Las placas de estos cinco vehículos son, respectivamente: D4J-148, D3K-536, CS0-215, D2M-992 y D2M-992.

Los actuados son derivados a la Fiscalía Provincial, que no solo califica el hecho como delito imprudente, sino que además considera que existe un delito de lesiones imprudentes agravado. Sometido a juicio, el señor Luis Gustavo, con un pedido de cinco años de pena privativa de la libertad por parte del Ministerio Público, es condenado por el Juzgado de Tránsito a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida.

Caso N° 3: Admisión de culpabilidad sin culpabilidad (ingreso N° 164-2014)

El 4 de diciembre de 2013 a las 7:30 de la mañana, la señora Diana Karina cruzó la calzada hasta el separador central de la Avenida Túpac Amaru, momento en el que se percató que su hijo Junior no había cruzado junto a ella y *el semáforo había cambiado ya a verde*, por lo que hizo gestos para que el niño no cruzara por cuenta propia, ante lo cual éste hizo caso omiso y continuó caminando hacia su madre.

Aquí aparece A en su camioneta por el carril central y *termina impactando al menor con el espejo lateral izquierdo aun habiendo realizado maniobras evasivas*, golpe que hace que el menor sea impulsado por los aires. Al mismo tiempo, un segundo conductor, el ciudadano argentino recientemente llegado al país, el señor Ismael (B), hace una maniobra evasiva hacia la izquierda para situarse al costado próximo del vehículo que acababa de atropellar al menor, al instante que ve que el cuerpo del menor cae debajo del parachoques delantero, resultándole inevitable atropellar al menor a pesar de haber accionado los frenos de su vehículo.

Los dos conductores A y B fueron conducidos en calidad de detenidos, imputándoseles el delito de homicidio imprudente, siendo el caso que, durante las horas de detención, el Ministerio Público formalizó la denuncia penal imputando delito imprudente a ambos conductores. El caso fue derivado al juez penal, el cual señaló que la fiscalía denunciante no era la competente porque ya estaba bajo competencia de la fiscalía especializada en delitos de tránsito. Esta fiscalía señaló que, tratándose de un delito imprudente, procedía la aplicación del principio de oportunidad (aceptación de responsabilidad penal y acuerdo reparatorio), a lo que el ciudadano argentino, el señor Ismael, mostró su aceptación, archivándose el caso.

1. El modelo constitucional como marco de la dignidad

Es necesario someter a análisis jurídico los casos consignados para lo cual revisaremos previamente si un modelo constitucional denominado Social y Democrático de Derecho, con estricto respeto de la dignidad de la persona, es compatible con las arbitrariedades de los operadores de justicia que afectan derechos fundamentales —como la libertad, presunción de inocencia, legalidad, culpabilidad y, propiamente, la dignidad de los conductores sometidos (en sentido lato) a procedimiento penal—.

Un Estado material de Derecho está pendiente de la interrogante por el contenido y la orientación que adopta la actividad estatal. Ello implica que el Estado se encuentra dominado por el Derecho⁵ y este delimitado por los principios fundamentales a los que debe orientarse. Estos principios se encuentran recogidos en la Constitución. Su interpretación debe efectuarse en sentido material y en clara consonancia con la justicia⁶.

En la línea de lo expuesto, lo decisivo está en la obligación de garantía de los derechos fundamentales y su realización. Ello importa un mandato al Estado que no se limita a las decisiones estatales, sino que influye en su orientación de respeto a los derechos fundamentales que, según el caso concreto, se ven afectados por funcionarios de justicia. Benda destaca que:

La referencia más decisiva es el principio fundamental material de garantía de la dignidad humana del que se infieren en su contenido los pilares constitucionales que integran la concepción política de nuestro Estado: como Estado libre y no autoritario de Derecho, como Estado social en libertad y no paternalmente tutelado, y como democracia en libertad y no democracia popular. (1996: 491)

⁵ En esta línea se encuentra Böckenförde, en Benda (1996: 490).

⁶ Atienza, señalando la complejidad del concepto de justicia, lo vincula a tres componentes: la igualdad, la libertad y la seguridad. En cuanto a este último, destaca que “el nivel del orden significa que el derecho debe lograr un mínimo de previsibilidad, de saber a qué atenerse. De no ser así, esto es, si en general las normas no se aplicaran de forma regular a los supuestos que ellas mismas regulan, entonces ni siquiera tendría sentido decir que existe un sistema normativo” (2009: 181). Desde la perspectiva dogmática penal, Robles Planas destaca principios de razonabilidad ética que rijan la ley penal, lo que, a su vez, tendría carácter material normativo orientados a criterios de justicia e imputación justa (2012: 21).

A partir de lo expuesto, no es suficiente la constatación formal sobre las competencias estatales que inciden en la autonomía de la persona. Es necesaria, como ya se manifestó, la búsqueda de justicia en términos de consideraciones razonables, en atención al test de proporcionalidad⁷ y si es adecuada y exigible en las medidas impuestas.

Es importante destacar que puede darse una contradicción entre seguridad jurídica y justicia. En principio, el juez debe atender la ley, sin embargo, existe una excepción radicada en que si la contradicción con la justicia es de una magnitud inaceptable la ley debe ceder ante un Derecho injusto de cara a la justicia (Bernal Pulido 2005: 499).

La idea de justicia también supone la prohibición de la arbitrariedad. De ahí que, si esta arbitrariedad es evidente, debe de resolverse el caso más allá de la simple atención a la ley.

Un Estado de Derecho debe atender a la primacía de la ley y, en esa línea, la ley, como expresión de la voluntad del Estado, tiene prevalencia sobre cualquier otra expresión de voluntad. La idea es que esta conexión ley-ejecutivo impida arbitrariedades en sede administrativa. Esta relación ley-ejecutivo no contradice el objetivo de que en ciertos casos la búsqueda de justicia puede exigir que se analice el caso concreto más allá de la aplicación literal de la ley. Entendemos que ahí estriba la actuación del Tribunal Constitucional y del control difuso de los jueces penales.

De otro lado, la reserva de ley le otorga al ciudadano la posibilidad de prever y calcular la reacción del Estado a su comportamiento, así como con qué instrumentos jurídicos contará para entablar su defensa.

De cara a la investigación que se efectúa en el presente trabajo, es necesario afirmar que la administración, bajo la rigurosa atención de la Constitución, se encuentra al servicio del ciudadano y no puede mirarlo o tratarlo como su mero objeto, agrega Benda, a

⁷ Efectuando una evaluación del legislador, Bernal Pulido sostiene que “el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión *prima facie* de que el legislador lo garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas [...] El carácter *prima facie* de este derecho implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto solo puedan ser constitucionalmente admisibles y validas de manera definitiva si observan las exigencias del principio de proporcionalidad” (2005: 139).

asumir hechos consumados (1996: 119-125). No es aceptable desde esta perspectiva, que se califique como delincuente a quienes participan en un evento que, sin la necesaria valoración y análisis penal, es ubicado en la condición de instrumento en el tratamiento de delitos imprudentes.

2. El concepto de dignidad

Nuestra Constitución Política, en su artículo primero, señala que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es pertinente entender adecuadamente el concepto de dignidad. Al respecto, el profesor Benda destaca que:

[E]l individuo debe asumir aquellos límites que para cultivar y fomentar la vida en común imponga el legislador a su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se autorice la autonomía de la persona [...] el Estado respetará al ser humano cuya dignidad se muestra en el hecho de tratar de realizarse en la medida de sus posibilidades. (1996: 119, 125)

Esta definición de dignidad⁸ nos permite afirmar que la libertad de la persona debe estar en consonancia con su libertad de acción, esto es, su autonomía. En la medida que se obligue a una persona a realizar actos más allá de lo que pueda actuar, se podrá insinuar que existe en alguna medida una instrumentalización que contraviene este postulado⁹. En esa línea, sostiene el profesor Benda:

Una vez que se cobra conciencia de las causas a que se debe la amenaza elemental a que está sometido el ser humano se dibuja el frente de combate en el que defender la dignidad del hombre: no se trata, en primer lugar, del individuo que se ve expuesto a concretas arbitrariedades estatales; amenazado está

⁸ Desde la perspectiva religiosa, García Toma afirma, recogiendo las palabras de Gonzalo Figueroa Yañez, que “la dignidad [...] indica la seguridad de no ser sometido, manipulado o atropellado por el abuso de poder de quien realmente es su igual [...] de ahí que por mandato constitucional, la dignidad aparezca como fuente legitimadora del derecho estatal y como sustento de los derechos implícitos para el reconocimiento. La dignidad como expresión de principios radica en la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa para fijar la orientación determinativa en la relación entre el Estado, la sociedad, las personas y la de estos entre sí”. (2013: 115-116)

⁹ Nipperdey señala que el individuo “no resulte convertido en simple medio para fines de la comunidad”. Citado por Gutiérrez Gutiérrez (2005: 30).

sobretudo el individuo que cuenta para el Estado menos como persona que como mera magnitud.

Es obligación del Estado respetar la dignidad del individuo. Más allá de la expectativa de no ser arbitrariamente tratado, el individuo espera del Estado cada vez más la garantía de su existencia material. (1996: 126)

En ese sentido, se puede afirmar que el ciudadano espera del Estado las condiciones necesarias para poder desarrollarse, constituyendo una obligación de este brindárselas.

El profesor César Landa acota al respecto:

Bajo esta concepción aparecen los derechos de primera generación que son aquellos derechos de defensa de los clásicos derechos a la vida y a las libertades personales frente a las autoridades del Estado; a quienes se le exige que se auto límite y no intervenga en la esfera de los derechos individuales, por ello, en esta fase se consagra el principio de autonomía de la voluntad de la persona, según el cual: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe, según reza el artículo 2, inciso 24 de nuestra Constitución. (2006: 16)

En opinión de Landa no es posible configurar la última parte del mencionado artículo sin integrarla a la dignidad humana en tanto derecho fundamental y su respectiva interpretación constitucional. Por ello señala que el contenido de la dignidad no es absoluto, sino que debe irse llenando de contenido concreto con la verificación de “cada supuesto de tratamiento o denuncia”.

La forma de analizar la afectación a la dignidad de la persona, es concebida, desde una concepción kantiana por Gutiérrez Gutiérrez no a partir de la concreta dignidad del individuo afectado sino de consideraciones generales sobre las capacidades potenciales del hombre y sobre la especie (2005: 30).

La dignidad humana encuentra en la formulación de no instrumentalización, una orientación que debe ser concretizada, a nuestro entender, por el postulado de Podlech,

que rescata cinco condiciones que brindarían la protección a la dignidad y concretizarían su afectación en caso no atenderse:

1. La seguridad en la vida individual y social (la liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia que nadie puede garantizarse ya por sí mismo);
2. La igualdad jurídica, sin derivar perjuicios para el sujeto de circunstancias de las que él no es responsable.
3. La garantía de la conformación privada de la identidad e integridad humanas de un espacio de autodeterminación responsable en tal ámbito.
4. *La limitación de la utilización del poder estatal, entendida en los términos del Estado formal de Derecho*
5. La atención de la contingencia corporal del hombre. (Gutiérrez Gutiérrez 2005: 43-44)

Pese a que Gutiérrez Gutiérrez cuestiona el acierto de estas cinco condiciones por ser discutibles en cuanto a una aplicación más concreta, nos permite aproximarnos al punto específico consignado en la limitación de la utilización del poder estatal de cara a la aplicación de la actividad estatal de prevención y del denominado principio de precaución¹⁰, toda vez que es necesario cotejarlos con una legitimación de la decisión que debe ser asentada en lo equilibrado y prudente. De lo contrario, estamos ante una evidente afectación de la dignidad.

De ahí que Alegre Martínez señale que “no solo los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico sino que este ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad” (1996: 107).

¹⁰ Donini señala que, “en el caso del principio de precaución, la base epistemológica se encuentra al revés: se admite de hecho la inversión de la carga de la prueba, que puede conllevar a dos situaciones en realidad muy distintas: 1) porque la sustancia se presume a priori como peligrosa en cuanto pertenece a un determinado genus de productos casi siempre peligrosos (al menos en ciertas dosis), y así se considera hasta que no se demuestre (por quien pretende utilizarla) su nivel real de peligrosidad: solo en aquellas condiciones por ejemplo, esta podrá ser ‘autorizada’ (piénsese en las medicinas, antiparasitarios o adictivos alimentarios), dado que una prueba siempre es posible añadirla; 2) porque una sustancia se presupone como peligrosa en cuanto pertenece a un cierto genus del cual nada se conoce, pero solo se teme la peligrosidad (por ejemplo productos alimentarios)” (2010: 53).

En la misma línea, Varela Díaz acota ideas sobre el deber constitucional: “dicho de modo esquemático, la vinculación a la Constitución [y por tanto añadimos, al postulado fundamental de la dignidad] de los poderes públicos se resume en la exigencia de que estos acomoden su actividad a disposiciones constitucionales, no solo de procedimiento sino a sí mismo de carácter sustantivo y material” (citado por Alegre Martínez 1996: 107). De lo contrario, serán calificados como inconstitucionales y nulos. Al respecto, el profesor Benda destaca lo siguiente:

Responde al postulado de Estado Social reconocer la forzosa limitación de la libertad y asumir las consecuencias. En las cada vez más estrechas relaciones de una sociedad industrializada y tecnificada los intereses individuales o de grupo chocan entre sí. Es consecuencia ineludible del mandato del Estado Social hacer posible una compensación adecuada de intereses que pueda significar libertad absoluta, sino tan solo la garantía justa de un espacio suficiente de libertad para cada cual. De ahí que sea comprensible que, a juicio de los afectados, el Estado social comporte también una reducción de la libertad. (1996: 544-545)

Sin embargo, no es posible exigirle al ciudadano que este corte de libertad conlleve una actuación más allá de sus posibilidades materiales y físicas. Tal exigencia desborda la posibilidad de una actuación conforme a Derecho porque implica la realización de actos que le son imprevisibles como el mencionado en el artículo 160 del Decreto Supremo 033-2001-MTC que obliga al ciudadano a conducir un vehículo “a una velocidad prudente y razonable que le permita considerar los riesgos y peligros presentes y posibles y controlar el vehículo para evitar accidentes”. Esto significa adoptar una libertad de acción con la que no se cuenta toda vez que la producción de accidentes pueden responder a causas que no le son evitables o sobre las que no tiene capacidad de evitación, ni siquiera de control, porque el resultado accidente puede haber sido producido por causas asignables a terceros o a la propia víctima.

En la línea de lo expuesto, el profesor Mir Puig señala que “la misión de prevención de delitos debe darse solo en la medida de lo necesario para aquella protección. Por el contrario, señala que algunos han concebido al derecho penal más como un arma de guerra que como un orden de paz (2011: 22-23). De ahí la tendencia a concebir al

delincuente como un enemigo al que se debe combatir de la manera más drástica posible.

3. El Derecho Penal y la dignidad humana

En el ámbito penal la dignidad no es ajena a la doctrina. Por el contrario, ha merecido y merece la mayor atención.

3.1 Mínima intervención y garantía de eficacia del Derecho Penal

Desde la óptica penal, el principio de dignidad de la persona encuentra resonancia, desde la descripción de la acción. Según Schönemann:

En una clasificación de mayor gravedad o afectación, delito de lesión a menor, delito de peligro abstracto, señalando que en el ámbito de los delitos imprudentes el mismo ciudadano tiene que deducir la concreta norma de comportamiento, algo para lo que muchos no están en condiciones por razones intelectuales y otros, por motivos emocionales, sí lo están porque en ellos está fuertemente pronunciada la capacidad y la disposición de excluir alternativas desagradables, además, el delito de resultado imprudente es verdaderamente inadecuado desde el punto de vista de la teoría del aprendizaje porque el comportamiento descuidado solo conduce a la producción de un accidente en la menor parte de los casos, de modo que la propia realidad de la vida recompensa frecuentemente un comportamiento imprudente y, con ello, lo refuerza más que lo disuade. Por eso, la anticipación de la prohibición penal, hasta el ámbito de la puesta en peligro concreto de un bien jurídico puede provocar, de todos modos, una mejora esencialmente práctica de la protección de bienes jurídicos, allí donde sea posible definir las acciones provocadoras de resultados. (2012:74)

Como es sabido, los delitos imprudentes son descritos utilizando la misma técnica de los tipos dolosos¹¹, lo que significa que la conducta imprudente no se encuentra descrita

¹¹ Expresando matices, Jakobs señala: “Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. Tanto en el delito doloso como en el imprudente el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de

de manera detallada (sería imposible el detalle de todas las configuraciones típicas imprudentes), ya que se hace referencia “al que por culpa”. Asimismo, por lo general, el legislador ha otorgado al desvalor del resultado una importancia que ha conllevado en muchas ocasiones a no prestar atención en la determinación de la conducta a ser valorada. En ese sentido, otorgarle contenido valorativo a lo que significa culpa implicará recurrir a la doctrina y/o jurisprudencia.

Por otro lado, para conocer cuáles fueron las reglas técnicas viales presuntamente infringidas, exigirá recurrir al reglamento de tránsito en el que tras el esfuerzo de conocer el desvalor de acción —léase infracción al deber de cuidado— se llega al reglamento antes mencionado para conocer la regla técnica presuntamente infringida. Allí es donde encontramos el artículo 160 que se refiere a las velocidades adecuadas de circulación, llamando la atención cómo ha sido redactada esta disposición —a nuestro entender bajo la guía del principio de precaución— atribuyéndose responsabilidad al conductor usando la famosa frase “en todo caso” y aludiendo que el conductor debe prever “los riesgos presentes y posibles”.

Es necesario advertir que el Derecho Penal tiene por misión orientar al ciudadano de la forma más descriptiva respecto de las situaciones de riesgo¹² que puedan ser idóneas para alcanzar el peligro concreto en los delitos imprudentes. Schönemann nos advierte que los delitos imprudentes tienen el matiz de ser superables y no advertidos por la autoridad a no ser que produzcan un resultado típico. De ahí que tengan ese incentivo encubierto de seguir realizando la conducta imprudente (desvalor de acción), hasta la producción del resultado y su eventual investigación a cargo de los operadores (2012: 74-75).

La tarea del Estado consiste, entendemos, en brindar en la fase anterior a la valoración de la acción (producción del accidente) en una función de información y función simbólica de la necesidad de acatar las reglas de tráfico vial y las reglas peatonales. Solo en esa medida se puede contar con ciudadanos que puedan advertir de la necesidad de

la prohibición del causar [...] y este empaquetamiento de lo imprudente en el concepto de lo contrario a cuidado no da por resultado ninguna precisión de lo prohibido” (1997: 388).

¹² Con los cuestionamientos que existen a la aceptación de riesgo permitido desde una óptica finalista, esto es desde la óptica del dolo. Véase Maraver Gómez (2007: 392).

actuar acorde con el bien común, en este caso, el tráfico vial y sus propios desplazamientos.

Es arbitrario de parte del Estado no informar al ciudadano de las reglas de tránsito vial que le permita actuar en comunidad. Igualmente, al conductor de un vehículo ligero o pesado, de tal forma que cada uno actúe conforme al rol concreto que desempeña en una actuación específica.

Resulta entonces que el ciudadano de a pie debe efectuar un doble esfuerzo para conocer las infracciones de tránsito (contenidas en el Reglamento de Tránsito) y además conocer lo consignado en el tipo imprudente invocado. Esto con el fin de conocer en qué consistirá, finalmente, la culpa, que como ya hemos mencionado alude a la conducta que infracciona el deber de cuidado a la que se atribuye la producción de un resultado típico mediante una relación de riesgo, todo lo cual también debe ser valorado o llenado de contenido normativo. De ahí, según entendemos, la dificultad descrita líneas arriba por Schünemann.

3.2 Sobre el Derecho Penal Constitucional

Hemos señalado que las dificultades del legislador para redactar las normas imprudentes implican un doble esfuerzo para el ciudadano de a pie. Tal doble esfuerzo es necesario para conocer la norma de conducta que proscribe la realización de infracciones al deber de cuidado, mediante actos idóneos para generar un riesgo objetivo en la vida y en la salud de las personas. En específico, lo relacionado al tipo imprudente contenido en el artículo 124 del Código Penal vigente.

Entonces cobra vital importancia que la regulación de esta norma (y cualquier otra norma de cualquier área del Derecho) guarde armonía con principios y postulados constitucionales. No es posible entonces que la autonomía del derecho penal contradiga principios constitucionales¹³ como el de culpabilidad, presunción de inocencia,

¹³ Atienza señala que “el derecho no puede verse ya como un conjunto de reglas, de pautas específicas de comportamiento. Lo que caracteriza a nuestras constituciones (sobre todo, en la parte relativa a las declaraciones de derechos) son enunciados que hacen referencia a principios y valores (igualdad ante la ley, dignidad, pluralismo político, etc.” (2013: 33-34).

legalidad, etc. Todo ello en aras de legitimar la intervención penal en el ámbito organizacional del ciudadano.

No es una cuestión menor que a la regular interpretación de la norma recogida en el artículo 124 y que tipifica los delitos de lesiones culposas se suma, a nuestro entender, la complejidad del decreto supremo que conlleva dificultades interpretativas que dificultan su aplicación. Nos referimos al Decreto Supremo N° 016- 2009, cuyo artículo 160 regula las velocidades permitidas en la conducción de vehículos. Dicha norma señala que “el conductor no debe conducir un vehículo a una velocidad mayor de la que sea razonable ni prudente, bajo las condiciones de transitabilidad existentes en una vía, debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y posibles”.

Parece haberse consignado un elemento valorativo, referido a una velocidad mayor de la que “sea razonable y prudente”, para determinar la velocidad adecuada a la circunstancia concreta, cualquiera que esta sea. Lo cierto es que no existe tal valoración correspondiente a su significado por lo que la policía se limita a repetirla en los atestados correspondientes a los tres casos aquí presentados, sin explicar qué debe entenderse por tal frase, en cada caso concreto¹⁴.

Por si fuera poco, otra directiva para el análisis respecto a si la velocidad era excesiva o no lo constituye el enunciado “debiendo considerar los riesgos y peligros presentes y posibles” lo que parece indicar que existe un deber del conductor de conocer los riesgos y peligros que incluso no corresponden a su accionar, exigiéndole que tenga la habilidad cognitiva de conocerlos y advertirlos. Esto nos lleva a pensar que el legislador exige del conductor que esté al tanto de los riesgos y peligros creados, incluso por la víctima o un tercero, lo que contraviene el principio de responsabilidad por el hecho al atribuirse responsabilidad por hecho ajeno.

¹⁴ Ejemplo de lo mencionado lo constituye el Atestado N° 29- 2015- REGION POLICIAL LIMA DIVTER- E-2-CLM-SIAT que señaló en sus conclusiones como Factor Determinante: “[e]l operativo de la UT-02, CSPG(59) al haber realizado un giro a la izquierda maniobrado en “L” *sin tener en cuenta los riesgos presentes y posibles que le significaba el lugar y el momento*, sin tomar todas las medidas de precaución y seguridad del caso, como era observar el desplazamiento de las unidades que circulaban por la Av. La Molina en sentido de Oeste a Este y esperar el paso de la UT-01, pero basado en un falso principio de seguridad hace su ingreso de forma confiada a la calle Uno [...]. FACTOR CONTRIBUTIVO El operativo de la UT-01. FMT al desplazar su unidad a una *velocidad que resultó no ser la razonable para el momento y el lugar*, la misma que no le permitió efectuar una maniobra evasiva eficaz tendiente a evitar el accidente y/o aminorar las consecuencias”.

Pero la exigencia de dicha norma no queda en el conocer los riesgos y peligros (propios y ajenos) sino que además exige, conforme al párrafo *in fine*: “[e]n todo caso, la velocidad debe ser tal que le permita controlar el vehículo para evitar accidentes”.

Los casos que hemos consignado dan cuenta de que los operadores policiales, fiscales y del Poder Judicial han entendido que, en caso de producirse un accidente, este constituirá la prueba de que la velocidad fue excesiva y que el vehículo no fue controlado por el conductor.

La interpretación antes anotada, da cuenta de la exigencia al conductor de evitar accidentes que incluso desbordan sus posibilidades psicosomáticas. El análisis de la velocidad, que es el factor al que se atribuye la mayoría de accidentes y delitos imprudentes viales, no se encuentra acorde con un Derecho Penal que atiende y respeta el postulado constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho. El profesor Santiago Mir Puig ha desarrollado una larga producción académica orientada al respeto que el Derecho Penal le debe a los principios de presunción de inocencia, legalidad, culpabilidad y mínima intervención¹⁵.

En la línea de lo expuesto, el principio precautorio que se asienta en efectuar una presunción de hecho peligroso, que no necesariamente se condice con la realidad, pero que lleva a actuar a los operadores en el sector administrativo, además de haber sido redactado deficientemente, viene instando a los operadores de justicia a realizar actos de investigación (policiales, fiscales y judiciales) de espaldas a los principios que la constitución ha destacado¹⁶.

¹⁵ Mir Puig destaca “la necesidad de una política criminal valorativa, que opere tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*, insertándose en el seno de la dogmática jurídico – penal” (2003: 290-291).

¹⁶ Atienza, en alusión a la validez de una norma señala: “en el Estado constitucional, para ser válida, una norma tiene que no contradecir la Constitución, que no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos. Otorga una mayor importancia a la tarea de justificar las decisiones: los órganos públicos —en especial los judiciales— no pueden limitarse a tomar decisiones; tienen que dar, en relación con las mismas, razones de una cierta calidad” (2013: 34).

3.3 El principio de culpabilidad como límite constitucional a la configuración de delitos determinados y cualificados por el resultado

Hemos anotado las dificultades que denota la redacción de la regulación de las velocidades en el Reglamento de Tránsito. Asimismo, hemos señalado la desatención del legislador no solo al incorporar el principio precautorio como eje impulsor de las investigaciones iniciales de los delitos imprudentes sino que además se extiende a la etapa fiscal y de sentencias judiciales como las que son materia del presente trabajo.

El principio de culpabilidad —entendido como responsabilidad por el hecho propio en una de sus acepciones y, en otra, como la prescripción de que la responsabilidad penal solo pueda ser atribuida a título de dolo o culpa¹⁷—, como veremos, no guarda armonía con el principio precautorio ni cómo este viene siendo interpretado por los operadores de justicia.

Debemos señalar *ab initio*, siguiendo a Atienza (2013: 37-38), que el positivismo ha encontrado algunos seguidores (Ferrajoli) que exigen que los principios constitucionales se encuentren expresamente consignados en la constitución; mientras que para otros — como es el caso del propio Atienza (en España), Dworkin (USA), Alexy (Alemania), Nino (Argentina) y Landa (en Perú) — al tratarse de principios de derechos fundamentales no es necesario. A fin de salvar la objeción positivista haremos un breve recorrido para encontrar el reconocimiento constitucional a este principio.

El principio de culpabilidad se encuentra reconocido en el Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual el Perú forma parte. Ahí se señala que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece el “*Numerus Apertus*” de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución cuando señala que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los

¹⁷ La profesora Puppe destaca que “en algunos tipos particulares la ley hace depender la punibilidad de una forma de imputación que se halla entre dolo e imprudencia: la temeridad. Ello vale sobre todo para los delitos cualificados por el resultado” (2010: 38).

demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o *que se fundan en la dignidad del hombre*, o en los principios de soberanía del pueblo, del *Estado democrático de derecho* y de la forma republicana de gobierno”.

La naturaleza *análoga* de otros derechos fundamentales puede encontrarse en cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico —distinta a la Constitución— y qué duda cabe que la Convención Americana de Derechos Humanos es fuente de derecho ya que la propia Constitución le otorga valor dentro de nuestro ordenamiento cuando en el artículo 55 señala que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Debido a que los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos, por la cual es imperativo que los órganos jurisdiccionales actúen no solo de conformidad a las normas internas, sino atendiendo también a dichos tratados. Esto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, al sentenciar que:

El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones. (Expediente N° 5854-2005-PA/TC)

Lo anterior encuentra complemento en la cuarta disposición final de la Constitución que señala que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretan* de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Esta disposición refleja la función hermenéutica que cumplen los tratados Internacionales.

Es decir, esta disposición reitera, una vez más, que los tratados internacionales deben ser necesariamente observados para la interpretación de todos los derechos reconocidos

por la Constitución. Por ello, en el caso concreto, el principio de culpabilidad debe ser observado y aplicado por los entes jurisdiccionales para su efectiva concretización y de otros derechos fundamentales.

Según esta función hermenéutica que la cuarta disposición final le otorga a los tratados internacionales, el reconocimiento del principio de presunción de inocencia en la Constitución (artículo 2, inciso 24, literal e), se convertiría también en un fundamento para la aplicación del principio de culpabilidad dentro del ordenamiento.

Este principio, según la Constitución supone que “[t]oda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Esto concuerda con lo dispuesto por la Convención: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. En tal sentido, ambos principios —de presunción de inocencia¹⁸ y de culpabilidad— deben ser aplicados en el proceso de manera conjunta para una efectiva concretización de los derechos fundamentales que ellos salvaguardan.

Esto también ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la sentencia recaída en el expediente 0047-2004-AI-TC señaló: “es la propia Constitución, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado”.

El artículo 44 de la Constitución establece que uno de los deberes del Estado es el de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el

¹⁸ Para Sánchez-Vera la presunción de inocencia se verifica a lo largo de todo el proceso en los términos siguientes: “es un auténtico *factum* hasta que recaiga la sentencia. La presunción de inocencia, por ende, es tan solo una metáfora que significa que el resultado del proceso, condena o absolución, se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque de otro modo no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual [...] La presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo. El principio de presunción de inocencia constituye una prohibición de desautorizar el proceso, de ahí que le asigna razón al profesor Roxin cuando este califica como derecho fundamental ‘a un proceso con todas las garantías’: [...] A la vez, estamos ante un criterio interpretativo —más que ante un principio—, que acierta a formular algo que en sí debiera ser evidente, pero que siempre se corre el riesgo de olvidar: que todo el proceso sin excepción ha de ser interpretado de acuerdo con sus propios fines”. (2012: 36-37).

bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Según este mandato constitucional, el Estado debe perseguir tal vigencia a través de todos los medios posibles, esto quiere decir que se debe procurar el mayor grado de tutela de los derechos, inclusive haciendo extensiva la protección otorgada por el ordenamiento internacional al ordenamiento interno.

Esta plena vigencia de los derechos humanos, no podría ser garantizada si principios y derechos —reconocidos en un Tratado Internacional ratificado por el Estado— no fueran aplicados por no estar reconocidos constitucionalmente.

De los artículos anteriormente señalados, se dice que se desprende que el Perú se ha adscrito a la teoría monista de incorporación del tratado al ordenamiento interno. En ese sentido, los tratados ratificados por el Estado, luego de haberse perfeccionado, son de aplicación directa e inmediata y además, deben ser respetados por los operadores jurídicos. Al respecto, Salmón precisa que “[e]l Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que se haya, de un lado, celebrado el tratado y que este, de otro, se encuentre vigor de acuerdo con sus propias disposiciones” (2003: 152).

En tal medida, el principio de culpabilidad debe ser directa e inmediatamente aplicado por los operadores, pues de lo contrario se estaría contraviniendo la propia Constitución. Su inaplicación supondría un apartamiento de las disposiciones constitucionales y podría devenir en un daño irreparable. El denominado *Estado Constitucional Europeo*, ampliamente desarrollado por Peter Haberle, consigna que recurrir a la normativa internacional es una garantía de los derechos humanos y, según este modelo, se debe garantizar en cooperación internacional (2000: 94).

El fracaso del Estado nacional como garante de la plena vigencia de los derechos ha llevado a la necesidad de ser auxiliado por el ordenamiento internacional al que, de manera voluntaria, se someten los propios Estados. Asimismo, esto se ve reforzada por la globalización del Derecho, de acuerdo a la cual todo lo concerniente a los derechos o

su atentado, ya no es simplemente una cuestión *doméstica* de los Estados, sino que tiene relevancia internacional.

Sin embargo, la comunidad internacional y sus instituciones no aseguran la vigencia de los derechos si el Estado nacional no respeta o reconoce los derechos que se pretenden proteger. En ese sentido, se hace necesaria la reciprocidad entre ambos ordenamientos para que el Estado cumpla su obligación de garantizar por todos los medios posibles la plena vigencia de los derechos (deber que le impone la Constitución). Todo ello en vista de que hoy, el Estado Constitucional no es un objetivo individual, sino común, y, en tal sentido, debe ser toda la comunidad internacional la que participe en el respeto de los derechos. Al respecto Horn afirma:

El Estado constitucional como proyecto común para la humanidad no existe sólo para sí, sino que constituye desde el principio con los otros Estados constitucionales una unidad universal abierta. La referencia al mundo y a la humanidad es un elemento esencial del constitucionalismo, que se hace realidad en la internalización de los derechos humanos universales. (2004)

Es por tal motivo que hoy no se puede desconocer el carácter constitucional del principio de culpabilidad pese a no encontrarse expresamente reconocido en la Constitución. En efecto, como se ha visto, existen artículos constitucionales que le otorgan eficacia en el ordenamiento interno, al encontrarse reconocido en un tratado internacional ratificado por el Perú y, además, en virtud de la actual importancia del Derecho Internacional como ordenamiento complementario al ordenamiento nacional.

Ahora bien, en el mismo plano de la culpabilidad, es menester reconocer los enormes avances que la Neurociencia¹⁹ ha alcanzado en el conocimiento de cómo funciona nuestra mente que se encuentra íntimamente vinculada a nuestro cerebro. La larga

¹⁹ En este sentido, Pérez-Manzano refiere que gracias a la neurociencia se ha llegado a demostrar que: “si la imagen de un ser humano que controla y dirige conscientemente su conducta es falsa, carece de consistencia formular un juicio de merecimiento de sanción —de reproche— contra quien ha realizado el delito, pues habría que partir de que no ha podido hacer nada para evitarlo”. Más adelante, y aludiendo a los experimentos de Libet: “evidenciaron que en el proceso de decisión y ejecución de un movimiento, en apariencia voluntariamente decidido y ejecutado, existe actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente” (2011: 6).

discusión entre determinismo y libre albedrío²⁰ no afecta o compromete nuestro trabajo ya que, al modelo normativo de teoría del delito que presentamos, le es ajena. Sin embargo, sí existen algunos datos empíricos que rescatar para su posterior normativización²¹. Es falsa la división efectuada por Descartes en la línea que cuerpo y mente son dos cosas distintas²²; que no existe la libertad de voluntad ahí donde encontramos respuestas inconscientes que determinan las decisiones que reputamos voluntarias. Sin embargo, el avance en los conocimientos acerca de cómo funciona la mente, no ha alcanzado tal entidad que obvie la defensa del sistema de libertades y derechos fundamentales dentro de los que se encuentra el principio de culpabilidad, el concepto de estado de derecho y dignidad de la persona. Ello, en razón a la variación del plano ontológico al plano axiológico con que se analizan y explican los procesos sociales y sobretodo, la conducta del sujeto que goza de libertad de acción (en esa línea los estados emocionales, próximos a la libertad de voluntad, no son un eje referencial de análisis). Al respecto, entendemos que Feijoo ha descrito la culpabilidad como producto de un conjunto de criterios normativos que justifican la aplicación de una pena concreta. Señala que culpabilidad es la aplicación de procesos de imputación en base a reglas racionales y no en base a criterios ontológicos como la voluntad, pues el eje de análisis se centra en el suceso concreto intersubjetivo, comunicativo.

En la línea de lo expuesto, cabe destacar, sin embargo, que a la doble dificultad para que el ciudadano interprete las normas imprudentes se le suma los actuales conocimientos

²⁰ La profesora Pérez-Manzano, evocando al profesor Hassemer señala que: “al Derecho Penal no le afecta la neurociencia porque el tipo de verdad que le interesa al Derecho Penal y que se alcanza en el proceso no es la verdad científica, sino una verdad formal, fruto de un procedimiento reglado cuyo objetivo es la resolución consensual del conflicto y no la búsqueda de la verdad” (2011: 7).

²¹ Feijoo Sánchez rescata que: “la racionalidad no se debe entender como una racionalidad subjetiva, sino como una racionalidad interpersonal o comunicativa. Cada tiempo tiene su racionalidad condicionada por el contexto cultural e histórico y, por ello, cada sociedad tiene sus criterios normativos de imputación. El papel de la dogmática es indagar una y otra vez sobre dichos criterios de adscripción social de acuerdo con las funciones propias del sistema de imputación correspondiente, especialmente en la actualidad ante los retos planteados por los avances científicos” (2011: 17).

²² Al respecto, Feijoo Sánchez señala enfáticamente “que no existe una escisión entre mente y cerebro o entre cuerpo y mente no son argumentos que conduzcan necesariamente a una modificación sustancial del sistema jurídico penal vigente en los países de nuestra cultura jurídica”. Añade que Birnbacher ha escrito sobre la concepción errónea de Descartes, aludiendo a la distinción entre *res cogitans* y *res extensa*. Citando a Singer para una mayor explicación al respecto consigna: “el modelo dualista no puede ser corroborado ni refutado empíricamente, solo se puede creer en él. Pero las evidencias científicas dificultan mucho la creencia, en la medida en la que no existe un modelo científico capaz de explicar cómo, dónde y cuándo, tiene lugar la interacción mente y un cerebro, ni se ha podido superar los inconvenientes de cómo puede interactuar un ente inmaterial con otro material, ya que por su propia naturaleza el ente inmaterial no puede tener energía, pero esta se necesita para poder actuar en el mundo material, de tal manera que dicha interacción dualista violaría las leyes de la termodinámica” (2011: 18-19).

de cómo funciona la mente: “el cerebro determina la mente y es una entidad física, sujeta a todas las reglas del mundo físico. El mundo físico está determinado, de modo que el cerebro también lo está” (Feijoo Sánchez 2011: 19).

Ello significa que el cerebro tiene una dinámica de funcionamiento que en el aspecto inconsciente no puede ser determinada por la voluntad de la persona. Se podría incluso señalar que es autónoma de esa voluntad. En cuanto al aspecto consciente, Silva Sánchez y Lorena Varela destacan en relación al razonamiento que:

[L]a psicología cognitiva muestra que un agente humano posee dos modos de razonamiento, el intuitivo y el reflexivo. El razonamiento intuitivo (o sistema uno), las impresiones, asociaciones, intenciones y disposiciones para la acción fluyen sin mayor esfuerzo. El sujeto no se concentra demasiado en ellas, sino que las lleva a cabo de forma prácticamente automatizada. Por el contrario, en el pensamiento reflexivo (o sistema dos) todas las actividades mentales son más bien lentas, progresivas, arduas y deliberativas. A diferencia del sistema uno, el sistema dos procesa las ideas y sucesos que requieren mayor deliberación o que precisan de la aplicación de reglas o normas. (2012: 212)

En la línea de lo expuesto, la neurociencia consigna que la voluntad de las personas presenta “ángulos” sobre los que no le son posibles o autodeterminarse.

Entonces, podríamos señalar que la conducción vehicular requiere de ambos razonamientos: el razonamiento dos para procesar e internalizar la norma (que ya hemos visto lo compleja y difícil que es en el caso peruano), para luego recurrir al razonamiento uno, ya en la actividad de conducir propiamente el vehículo. Aun así, el cerebro no alcanza a procesar todos los hechos que acontecen en su entorno ya que recurre a un sistema de acoplamiento a experiencias y conocimientos anteriores para diseñar lo que se ha denominado como “sesgos cognitivos”²³.

²³ “Los sesgos cognitivos se generan en el razonamiento intuitivo, sin demasiada reflexión. Parece, pues, que bajo su influencia el sujeto obra, si bien de forma voluntaria, de un modo automatizado sobre la base de una serie de errores sistematizados por la habituación [...] Parece que el circuito opera según el siguiente orden (1) el sujeto tiene una experiencia vital; (2) esta experiencia es aprehendida intuitivamente; (3) es en el sistema intuitivo donde el sujeto produce de forma irreflexiva (rápida, mecánica) un juicio sesgado, parcial sobre la realidad (error); (4) el sujeto se acostumbra a obrar según este patrón erróneo de pensar y de comportarse (habituación); (5) esta repetición conduce al

De lo expuesto, cabe afirmar que los conductores utilizan de manera regular en dicha actividad el razonamiento uno, el intuitivo. Ahora bien, desde una perspectiva político criminal, y en atención al principio de culpabilidad, corresponde preguntarse si el legislador debe establecer normas que obvien esta realidad relativa a cómo la persona realiza sus actividades a partir de conocimientos parcelados que contienen errores por habituación. O determinamos exigencias en el desarrollo de una actividad vial, como es el conducir y que conocemos que el agente no está en capacidad de entender o de una “disposición jurídica mínima”, en términos de Feijoo Sánchez para referirse a la culpabilidad (2011: 11). Ciertamente es que esta disposición jurídica mínima debe contener una valoración normativa y no estrictamente ontológica. Sin embargo, y ahí radica una de las atribuciones de la dignidad, el Estado y los poderes públicos están obligados a aproximar la redacción normativa con aquella libertad de conducta²⁴. Esto genera objeciones cuando se recurre a reglas técnicas, en este caso de tránsito, en las que se regula el eventual comportamiento abstracto del conductor sin prestar atención a sus condiciones y capacidades concretas. Por ejemplo cuando se exige que el conductor debe “considerar los riesgos presentes y posibles”.

Ello no significa que postulamos una luz verde para que el conductor maneje sin ningún tipo de exigencia, sino que estas deben estar acorde con las posibilidades de conducta que el propio agente puede desarrollar.

Queda claro que no existe justificación alguna para cargarle, al conductor, por resultados producidos por conductas correspondientes a un resultado fortuito, a la víctima y/o un tercero. Esto contraviene frontalmente el principio constitucional de culpabilidad.

Pero si ya es atentatorio contra la dignidad que se exija al conductor prever los riesgos y peligros presentes y posibles en los términos anotados, el legislador ha depurado la técnica legislativa en redactar algunos tipos penales poniéndole el mayor peso al

individuo a sistematizar el error; (6) el error se repite una y otra vez dando lugar a un comportamiento automatizado”. Silva-Sánchez y Varela (2012: 272-273).

²⁴ Bernal Pulido señala al respecto que “[l]o constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de su faceta negativa de los derechos fundamentales, y consiste en la prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos de individuo” (2005: 129).

desvalor de resultado. Es el caso de los delitos determinados y los cualificados por el resultado.

En el caso de los delitos determinados por el resultado, no hay mayor alusión a la conducta delictiva, es el resultado penalmente relevante el que configura el tipo de injusto. Un claro ejemplo de este tipo de delitos lo constituye el delito de lesiones dolosas tipificado en el artículo 121 del Código Penal cuando señala que: “[e]l que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido”.

En principio, hay que destacar que el legislador ha privilegiado la causación como factor ontológico de nexo con el resultado que afecta de manera grave la salud. En segundo término, intuimos que apoyado en esta falsa división entre mente y cuerpo²⁵, ha efectuado una división inexistente entre cuerpo y salud, lo cual constituye una calificación errónea.

En el caso del artículo 124 del Código Penal, referido al delito de lesiones culposas, si bien es cierto que hay una alusión expresa al agente que obra por culpa, se sigue la misma técnica de resaltar la causación (entendida deficientemente como simple producción) de *un daño* en el cuerpo o en la salud. Si bien la técnica legislativa utilizada en este artículo configura un tipo abierto, es decir que cuando se señala *culpa* esta debe ser llenada de contenido material —a partir de conocer en qué consiste una infracción al deber de cuidado, reglas técnicas de actuación, relación de riesgo e imputación objetiva de la acción y del resultado— para un ciudadano cualquiera en el rol de conductor, este tipo penal no orienta, ni menos motiva a un comportamiento acorde con la norma penal. Menos aún si las reglas técnicas han sido redactadas en términos confusos y poco asequibles al entendimiento del conductor para cada situación concreta en la que se encuentre inmersa con ocasión de la realización de dicha actividad.

²⁵ Desde el análisis dogmático del dolo, Pérez Barberá efectúa la siguiente conclusión: “[l]a posición que se adopta en la presente investigación es, pues, la siguiente: se parte de la convicción de que hay razones para distinguir entre ‘psíquico’ (o ‘mental’) y ‘físico’, y se asume en consecuencia dicha distinción. Pero se rechaza la versión torpe y más tradicional del llamado dualismo cartesiano, conforme a la cual existiría algo sustancialmente mental oculto en alguna parte del cuerpo. Ello importa, por tanto, rechazar el llamado ‘dualismo de la sustancia’ y, en algún sentido, colocarse cerca de una suerte de “dualismo de la cualidad” (2011: 704).

De ahí que los delitos determinados por el resultado no sean de recibo de cara a *la responsabilidad por el hecho* que consagra el principio de culpabilidad.

Para el caso de los delitos cualificados por el resultado ocurre algo parecido. En efecto, el legislador utiliza esta técnica para agravar la pena con ocasión de que el agente realizó una conducta inicialmente dolosa o imprudente pero que el resultado que se le atribuye es producto de otro hecho doloso o imprudente. Los ejemplos clásicos en nuestra legislación están en los delitos de robo con consecuencia de muerte, secuestro con consecuencia de muerte y violación sexual con consecuencia de muerte, entre otros.

El artículo 124 del Código Penal no es ajeno a esta técnica legislativa, por lo que dispone un aumento de pena si la consecuencia del acto inicialmente imprudente es una lesión grave. El temor fundado que existe en este caso, así como en el de los delitos determinados por el resultado, es que no se puede medir la proporción entre la gravedad del tipo de injusto y la pena. Además, como no se señala la conducta que “determinó” o “cualificó” el resultado, este último puede ser producto de un caso fortuito (ajeno a una acción dolosa o culposa), o corresponder a un hecho ajeno (interrupción del riesgo). De ahí que estos tipos de técnicas legislativas sean calificadas como inconstitucionales, no solo por vulnerar el principio de culpabilidad —responsabilidad por el hecho, responsabilidad penal personal, responsabilidad por acción dolosa o imprudente— sino también porque vulneran el principio de legalidad cuando señala “nadie será procesado ni condenado por *acto u omisión* que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley *de manera expresa e inequívoca*”.

4. El principio de legalidad como protector de la dignidad humana

El principio de legalidad, como límite del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, emerge como garantía constitucional efectuando exigencias concretas de parte del Estado hacia el ciudadano. Este goza de la garantía de que la norma se estructure de manera taxativa, es decir, clara, delimitada, asequible al destinatario, de tal forma que este conozca qué actos está prohibido de realizar y que actos está obligado a efectuar. Esto conlleva a que la persona y la ciudadanía se organicen conociendo los actos que pueden y/o deben efectuar de cara a un programa político establecido en la Constitución.

Sin embargo, como hemos visto en los tres casos planteados al inicio del presente trabajo, en todos se relata sucesos a título de resultado que escapan a las posibilidades de control o previsión (evitación), determinación diferente a la que se realizó, actuar de otra manera, disposición jurídica mínima, etc. Además, en ninguno el conductor contó con reglas técnicas claras y asequibles que le permitan conocer si debe asumir ese resultado como propio, o está ante un acto arbitrario, con lo que estaríamos hablando de una instrumentalización con fines de aparentar que un determinado procedimiento penal alcanzó una sentencia o resolución proporcional y justa.

4.1 Principio de legalidad y responsabilidad objetiva

El título preliminar del Código Penal, en su artículo VII, prescribe que “[l]a pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

Es de entenderse que por responsabilidad penal se alude, en atención al principio de culpabilidad como límite, a una actuación criminal dolosa o imprudente. Además, la última parte del artículo citado, rechaza cualquier responsabilidad atribuible a hechos fortuitos o, para el implicado, realizados por un tercero o la propia víctima. Es decir, a todo hecho que escapa a una atribución personal (acción comisiva u omisiva).

El principio de legalidad tiene por función expresar de manera taxativa la norma de conducta, de tal manera que el ciudadano pueda desarrollarse en sociedad conociendo su asignación de rol y función. Ahora bien, esta taxatividad normativa en una determinada realidad social, implica que el Estado debe efectuar todos los esfuerzos necesarios para que el ciudadano desarrolle sus actividades confiando en que los otros harán lo propio, de cara a un bien común.

El rechazo a la responsabilidad objetiva no tiene otro significado que la proscripción a la arbitrariedad cuando al ciudadano no se le otorgan las condiciones para desplegar conductas en la sociedad porque no conoce lo prohibido, ya sea porque la norma es confusa, compleja o no asequible.

En el caso que nos convoca ya hemos señalado cómo el legislador, recurriendo al tipo abierto, ha tipificado los delitos imprudentes (con la objeción manifestada por Jakobs que no sería tal). Concepto de delito imprudente que le es ajeno al ciudadano, por lo que tal vez sea hora de pensar en una cláusula general que conceptualice al delito imprudente, y de paso le señale el camino investigatorio al policía, fiscal y/o juez. Pero, como ya se dijo, ahí no concluye la complejidad normativa, sino que esta se vuelve más confusa con la redacción utilizada en el Reglamento de Tránsito y por el acogimiento del principio de precaución, que exige del ciudadano conductas y previsiones que escapen a sus posibilidades de control o evitación.

4.2 Concepto y clases de responsabilidad objetiva.

Fue en el Derecho Canónico donde se introdujo la responsabilidad por un resultado en los términos: *“versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto”*, refiriéndose a que el agente responde por el hecho cometido, pero también por lo accidental derivado del mismo.

En los hechos, en nuestra legislación se ha venido utilizando, a pesar de no estar prevista en la parte general, la institución de la preterintencionalidad. En la doctrina italiana, según lo consignado por Kai Ambos (2010), se encuentran tres formas de responsabilidad objetiva formuladas a través de la preterintencionalidad. La primera es como combinación de un delito doloso con un resultado grave causado de manera puramente objetiva, mediante la imprudencia objetiva o la imprudencia subjetiva, lo que hace alusión a una teoría objetiva pura. Será un objetivismo moderado cuando se produce un riesgo no permitido creado por la lesión del deber de cuidado, y de ahí se deriva a una previsibilidad objetiva y a una evitabilidad en el sentido de una imprudencia objetiva. Para el caso de los subjetivistas, el autor ha de conocer las condiciones del riesgo que alcanzan el resultado.

El profesor Ambos, aludiendo a una sentencia del 24 de marzo de 1988 del Tribunal Constitucional italiano emitida con ocasión de examinar el artículo 27.1 de la Constitución italiana en el extremo de que esta no prohibía de forma absoluta la

responsabilidad objetiva en los casos de imprudencia en los elementos típicos formales, señala que:

[S]olo puede interpretarse en el sentido de que, en realidad, la responsabilidad objetiva no es contraria al Derecho constitucional cuando versa sobre elementos del tipo “no significativos”, es decir, no constitutivos del tipo de injusto. Para los restantes se exigiría desde el punto de vista constitucional, como mínimo, una conducta imprudente. (2010: 297)

Se ha denominado responsabilidad objetiva para diferenciarse de aquella otra responsabilidad subjetiva que exige que la configuración de la imputación subjetiva se dé ya sea por dolo o por culpa. De ese modo, se descarta la tercera forma de culpabilidad que procedería de los delitos preterintencionales, en los términos del postulado del Derecho Canónico antes señalado.

La doctrina italiana, según destaca Ambos, se ha esforzado por clasificar los delitos preterintencionales según si el resultado ha sido objetivamente realizado pero sin conocimiento, o con conocimiento y queriendo que este se produzca. Esto nos lleva a una clasificación muy frágil en el sentido de que está de por medio un resultado querido o no cuyo nivel de prueba resulta harto difícil de alcanzar.

Lo señalado, aunado a que no existe esta diferencia entre lo objetivo y lo subjetivo a partir de conocer la falsa clasificación cartesiana de mente y cuerpo, nos lleva a preguntarnos si es necesario cambiar de denominación responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva.

Ello implicaría, en nuestro concepto, depurar las reglas de imputación de forma tal que quede clara, en el análisis y valoración del caso concreto, la delimitación de hecho propio y hecho ajeno, en coherencia con una responsabilidad penal por hecho propio, lo cual a su vez conllevaría a colocar el resultado típico como una simple referencia o a prescindir de él.

En la línea de lo expuesto, y apoyándose en la teoría sistémica de la intersubjetividad (en base al giro lingüístico pragmático) de Habermas, se encuentra el trabajo doctoral de

Porciúncula (2014) que deja de lado la tradicional división de tipo objetivo y tipo subjetivo.

A estas alturas, es necesario expresar el temor de lo que pueda conllevar un cambio de la visión clásica: objetivo-subjetivo, toda vez que en nuestro país el nivel de formación de los operadores de justicia y los niveles de discusión académica (por su centralismo y poca difusión) pueda ser objeto de tergiversación y termine más bien propiciando actos arbitrarios, contrarios a la libertad y a la dignidad que es precisamente lo que se busca proteger.

Conociendo el riesgo, pretendemos afrontarlo con una lectura de los delitos imprudentes desde una óptica normativa, acorde con los lineamientos constitucionales y prescindiendo del tipo subjetivo en términos de intencionalidad²⁶.

En lo que sí estamos firmemente convencidos es que el principio de precaución debe ceder paso a otros principios (como el de imputación objetiva) que examinen, además de la conducta del propio agente, la participación (y responsabilidad penal) del tercero o de la propia víctima en el mismo evento. Esta es la posición adoptada últimamente por un sector de la Corte Suprema de Justicia al analizar el recurso extraordinario de queja y declararlo procedente resolviendo, luego, “Haber Nulidad” en la sentencia condenatoria confirmada en segunda instancia que había condenado a un conductor que estacionó su vehículo en la berma pero no encendió sus luces de peligro ni colocó el triángulo de emergencia (aunque sí mantuvo encendidas las luces de los frenos), y fuera embestido por otro vehículo desbocado por la velocidad y por haber perdido el control tras chocar con la cuneta. Esta colisión de vehículos ocasionó lesiones en uno de los pasajeros²⁷.

Queda claro que, a juicio de la Sala suprema, se debía dejar de lado el principio de precaución y pasar a analizar cada conducta de los conductores. Así, concluyó que era

²⁶ Porciúncula señala que “para la moderna dogmática penal el ‘tipo subjetivo’ concierne a la ‘esfera de la conciencia’ del individuo. Los elementos subjetivos del tipo equivalen, así, a los estados mentales que este individuo ‘posee’ en el momento de su conducta. Ya que, de acuerdo a esta visión cartesiana, la mente del individuo es perfectamente transparente para él pero impenetrable para los demás. Se considera que los elementos subjetivos del tipo no son susceptibles de prueba directa, sino sólo de prueba indiciaria [...] Por lo tanto, probar tales elementos implica *descubrir una realidad interna*. Metafóricamente hablando, se trata de una auténtica búsqueda del “fantasma de la máquina” (2014: 228).

²⁷ Recurso de Nulidad N° 2145- 2013. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

irrelevante colocar el triángulo de emergencia y encender las luces de peligro puesto que, objetivamente, en el caso concreto, la colisión aparece como inevitable tras observarse que una conducta alternativa ajustada a derecho²⁸ (encender luces de peligro, colocar triángulo de emergencia, etc.) tampoco hubiera variado el desenlace (criterio hipotético). Y, en tanto resultado inevitable no se le puede imputar al conductor que estacionó el vehículo en la berma.

Al respecto, si bien nos parece conveniente que la Corte Suprema en lugar del principio precautorio recurra al criterio de imputación objetiva denominado *conducta alternativa ajustada a Derecho*, es necesario distanciarnos de este criterio vinculado a aquel otro denominado *incremento del riesgo*, que se sustenta en la previsibilidad objetiva como fundamento. Este distanciamiento obedece a la constatación de que existen un sinnúmero de comportamientos alternativos conforme a Derecho para la situación concreta y que resulta arbitrario escoger uno, y menos (como lo hace la Corte Suprema) sin explicar su elección. Además, se ha criticado que el comportamiento alternativo conforme a Derecho, como criterio de imputación, solo llega a explicar la producción de una infracción al deber de cuidado, pero no la vinculación de esta con el resultado típico. De ahí que se le acuse de reducir los delitos imprudentes como delitos puros de resultado a delitos de peligro abstracto. Por si fuera poco, este criterio de imputación recurre a los criterios estadísticos, como fundamento para determinar la previsibilidad objetiva. Ello en base a la probabilidad, lo cual torna a este criterio en vago e impreciso.

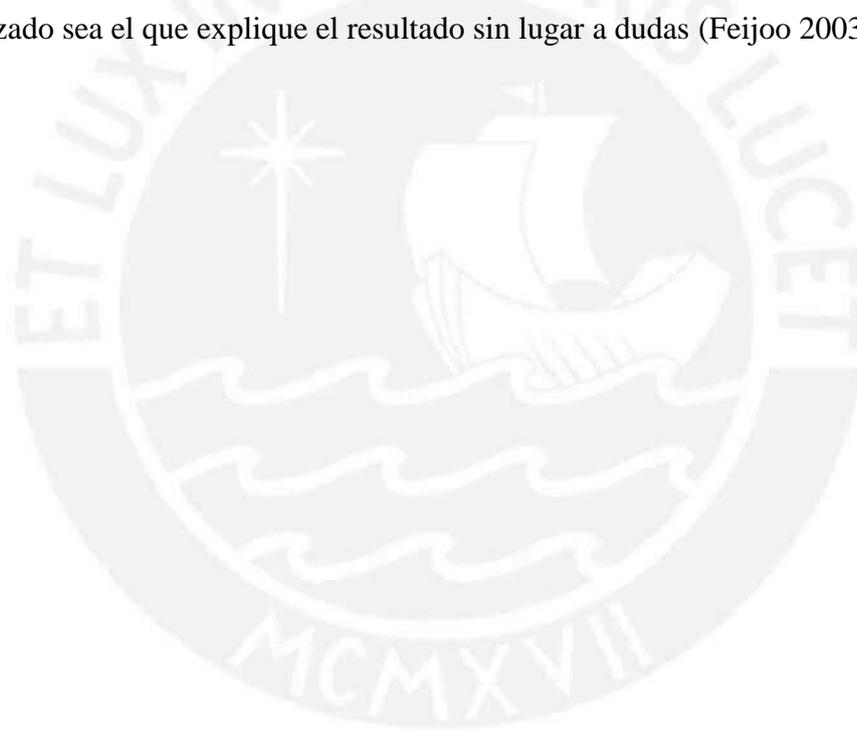
Cabe agregar que no es suficiente con determinar la infracción al deber de cuidado ya que resulta gravitante establecer una relación de riesgo entre tal infracción y el resultado (que, desde la norma de cuidado debe configurar un resultado típico imprudente). Solo esto último legitimará, según sea el caso, la sanción o absolución del imputado.

Como destaca Feijoo refiriéndose al riesgo residual, “si el resultado tal y como se ha producido, solo se puede explicar teniendo en cuenta factores de riesgo que el autor ni

²⁸ El profesor Roxín acude al ejemplo del conductor del camión que adelanta a un ciclista a una distancia más cercana a la debida. El ciclista conducía ebrio y al ser sobrepasado por el camión cae bajo las llantas. Se comprueba luego que el accidente probablemente también hubiera encontrado el mismo resultado si el chofer del camión hubiera guardado la distancia. Concluye el profesor de Múnich que no existe razón alguna para liberar al autor y absolverlo ya que acá habría existido un incremento de riesgo. Postura que no compartimos ya que entendemos que atenta contra el derecho constitucional de presunción de inocencia, *In Dubio Pro Reo* (cfr. Roxín 2012: 110-111).

conocía ni tenía el deber de conocer, el resultado no será imputable a esa persona, aunque el comportamiento imprudente haya condicionado la aparición del resultado” (2003: 353). Recurrir a una conducta hipotética conforme a Derecho solo nos garantiza que con esta conducta no se hubiera evitado el resultado.

Tras la utilización del criterio de comportamiento alternativo conforme a Derecho siguen subsistiendo los cuestionamientos respecto a la determinación de probabilidad de lesión con esta conducta hipotética o respecto a la medición de cómo se diferencian las probabilidades de la conducta defectuosa (realizada) y la conducta hipotética (imaginada). Además, se le acusa de confundir la determinación *ex ante* y *ex post* del peligro; y la afectación al principio constitucional del *in dubio pro reo*: es garantía del ciudadano que la administración de justicia demuestre que ese riesgo no permitido que se ha realizado sea el que explique el resultado sin lugar a dudas (Feijoo 2003: 185)



Capítulo 2

Los delitos imprudentes

Antes de abordar el tratamiento de los delitos imprudentes debemos referirnos a tres cuestiones importantes. En primer lugar, debemos examinar si los avances de la neurociencia modifican, reestructuran o redefinen alguno de los elementos de la teoría del delito. Al respecto, debemos señalar que la acción voluntaria y la culpabilidad son construcciones normativas, tal como lo destaca Jakobs, citado por Porciúncula: “la libertad no es un presupuesto de la responsabilidad, sino lo contrario. Solo es libre aquel que es responsable. La libertad no es un dato natural, sino un constructo que deriva del orden normativo” (Porciúncula 2014: 216). Un buen ejemplo es la calificación de responsabilidad penal por parte de sujetos que son diagnosticados como psicópatas o sociópatas y calificados como imputables.

En segundo lugar, es necesario referirse a la responsabilidad subjetiva¹. En el primer capítulo señalamos que el descubrimiento de la falsedad de la afirmación cartesiana — respecto de una división entre cuerpo y mente— suponía que la división entre objetiva y subjetiva no tiene ya sentido. En consecuencia, debe revisarse la denominación de responsabilidad subjetiva por alguna otra más acorde con la realidad, de cara a reservarle relevancia normativa. No vemos la necesidad de tal cambio toda vez que lo interno, subjetivo, puede ser exteriorizado y racionalizado mediante el análisis de la conducta riesgosa. En la línea ontológica, Weber concebía el análisis de la conducta a través de la teoría intencionalista de la conciencia.

¹ Al respecto, siguiendo a Porciúncula (2014: 76), estamos desacuerdo con la calificación de la esfera de la conciencia del individuo para aludir al tipo subjetivo en concreto. Esto porque al encontrarse los elementos subjetivos del tipo en la mente del autor, solo éste tendría acceso al mismo, mediante la introspección. En efecto, se trata de sensaciones y sentimientos internos que, en tanto procesos en la mente, no pueden ser observados o comprobados por otros. Wittgenstein pone el ejemplo del dolor que uno imagina puede sentir el otro, al señalar la dificultad de sentir por el otro o del dolor ajeno a partir del propio, se debe imaginar un dolor que no se siente.

Por su lado, Habermas —como antes hiciera Wittgenstein— concibe este sentido de las acciones desde la perspectiva de una teoría del significado, denominándolo “modelo comunicativo de acciones”. Un ejemplo de la línea de Weber lo da el profesor Welzel al mencionar que la acción se distingue del “orden del suceder” por poseer una “conciencia de sentido”, otorgándole una determinación de sentido a la referencia intencional del sujeto respecto del objeto (Porciúncula 2014: 206). Por el contrario, un ejemplo de la posición de Habermas es ofrecido por Vives Antón² a través de su concepción significativa de la acción:

Por acción se debe entender un proceso simbólico recogido por normas; acciones son interpretaciones que según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Lenguaje y acción, están, así, inescindiblemente entrelazados, formando un conjunto gobernado por reglas — un “juego”— del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de ese “juego”. Como se ve, la acción no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato. Cabe señalar que de acuerdo con tal perspectiva, no existe un supra concepto de acción, porque no hay un *genus commune* a todas ellas; no existe nada que sea común a los distintos significados que resultan de los múltiples “juegos del lenguaje. (Citado por Porciúncula 2014: 208)

² Martínez-Buján señala: “[d]e otro lado, pone de relieve el cambio de paradigma que modernamente se ha ido operando ya en el marco de la filosofía de la acción (citando expresamente a Wittgenstein, Winch y Habermas) de tal manera que la concepción ontológica de la acción, como algo que hay en el mundo, ha pasado a entenderse de una forma diferente: no como algo que los hombres hacen, sino como el significado de lo que hacen; no como un sustrato, sino como un sentido. En atención a todo ello, concluye Vives que saber si se está ante una acción —así como saber el tipo de acción ante el que se está— ya no se efectúa con parámetros psicofísicos, mediante el recurso de la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, o sea, en términos normativos. Es, en definitiva, el nuevo concepto significativo de acción [...] Partiendo de tales premisas y, en concreto, partiendo de esta nueva concepción significativa de la acción, examinará Vives las categorías básicas del sistema penal. Ello comporta —como el propio autor reconoce— realizar un auténtico giro copernicano en la teoría de la acción, dado que la acción ya no será un hecho específico ni podrá ser definida como sustrato de la imputación jurídico-penal; antes al contrario, las acciones serán interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, podrán darse al comportamiento humano. Empleando literalmente sus palabras, la acción pasará a ser definida no “como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos”. En síntesis, ya no será el sustrato de un sentido, sino a la inversa el sentido de un sustrato” (Martínez-Buján 2011: 34, 36 y 37).

Ante esto Fletcher añade que “las palabras no transmiten el significado en abstracto sino solo en contexto de la interacción humana” (citado por Porciúncula 2014: 209). En tal sentido, no es que lo subjetivo desaparezca sino que está vinculado al significado de la acción. En efecto, según Vives Antón: “[l]a intención subjetiva tiene ‘la función sustantiva de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta’. Este enjuiciamiento sin embargo se realiza, como hemos dicho, de modo plenamente objetivo (mejor: intersubjetivo)” (citado por Porciúncula 2014: 208). En la línea de lo expuesto, la denominada *responsabilidad subjetiva* también puede ser concebida como constructo jurídico, permitiendo excluir la responsabilidad penal en los casos de resultado fortuito y de responsabilidad por hecho ajeno.

La tercera cuestión que debemos analizar es la responsabilidad penal desde el prisma constitucional (legitimación), verificando la restricción de la libertad (general) de actuación que se deriva de la norma de conducta —que se encuentra vinculada a la acción típicamente antijurídica—. Para tal fin, es necesario reconocer y aplicar el derecho fundamental³ en el caso específico y no optar por la valoración de bienes jurídicos que deben ser ponderados unos contra otros, toda vez que optar por uno en referencia a estar mejor calificado que otro puede resultar estrictamente arbitrario. El derecho fundamental, visto como norma, es el que se aplica al caso concreto⁴. Siguiendo a Wolter, consideramos que el riesgo socialmente adecuado se encuentra garantizado por la Constitución, como parte del contenido esencial de las libertades fundamentales y de los principios del Estado de Derecho. En efecto, como precisa Porciúncula:

³ Sobre la noción de derechos fundamentales, seguimos a Ferrajoli y a Zagrebelsky. Por su parte, Ferrajoli señala: “[p]ropongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas” (2002: 37). Por otro lado, Zagrebelsky vincula los derechos a la libertad y la justicia, por lo que señala que “[t]odos los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de la vida colectiva, ambos bastante exigentes y no fácilmente dispuestos a ceder para dejarse sitio. Horizontes, hay que añadir, que han de tenerse en cuenta para comprender las declaraciones constitucionales de derechos, pues, en verdad, si existe un sector del Derecho Constitucional donde el análisis exclusivamente ius positivista resulta estéril ese es, precisamente, el de los derechos” (1995: 75-76).

⁴ Hallar entre las normas aplicables *prima facie*, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible, desde todos los puntos de vista relevantes (Porciúncula 2014: 225).

El legislador penal no está autorizado a crear normas jurídico penales de conducta que los abarquen. Ahora bien, la tesis de Wolter de que en los casos de riesgo socialmente adecuado no se verifica una ponderación de intereses, sino un examen de contenido esencial del derecho fundamental a la libertad, es perfectamente compatible con la posición que aquí se defiende: no se trata de sopesar bienes, sino de encontrar entre las normas aplicables, *prima facie*, a la situación, aquella que resulta adecuada. En todos los supuestos mencionados por Wolter, diríamos que la norma adecuada es la que garantiza el derecho fundamental a la libertad de actuación. (2014: 227)

No obstante, no estamos de acuerdo con Wolter en que este análisis precede al análisis típicamente antijurídico de la conducta, pues él concluye que está antes de cualquier análisis jurídico: señala, es pre-jurídico.

Con el concepto de democracia deliberativa, la imposición del derecho se fundamenta en el doble rol que tiene cada individuo en su calidad de persona deliberativa: es a la vez autor, como hacedor de las normas y destinatario de las mismas, en su calidad de persona de derecho⁵. Esta capacidad de posicionamiento crítico de la persona deliberativa y su derecho subjetivo a la participación política en el procedimiento democrático, fundamentan el deber de obediencia a las normas, las mismas que no son vistas como decisiones de poder sino como determinaciones de la razón. Cambia la

⁵ Porciúncula destaca que las normas son el resultado de la interpretación de los enunciados legales, agregando que en la parte general de los Códigos Penales hay enunciados que no expresan normas completas. Las normas se dividen en norma de conducta o norma primaria y norma de sanción o norma secundaria. La diferencia entre una y otra está entre sus destinatarios, en sus funciones y en la dimensión temporal de cada una de ellas. Si las normas primarias son vistas como imperativos se traducirá este como prohibiciones o mandatos mientras que si es vista como determinaciones de la razón, la norma de conducta, desde una perspectiva *ex ante* cuidará de la justa delimitación de espacio de la libertad. Desde un óptica imperativa, la norma de sanción estará dirigida a ordenarle a los jueces la imposición de una pena por la realización de un determinado delito; por el contrario si es vista como determinación de la razón, desde una perspectiva *ex post*, se atienen a las condiciones legítimas de imputación de un resultado a un sujeto y de su punición. Según este autor, se establece una sistemática bipartita, al entender estas como antijuricidad tipificada y en sancionabilidad. La antijuricidad tipificada *ex ante* comprende la norma de conducta mientras que la antijuricidad tipificada *ex post* y la culpabilidad conforma la sancionabilidad. Para conocer la legitimidad de la imposición de una pena por la violación de una norma de conducta, debemos antes indagar sobre la legitimidad de la propia norma de conducta, conociendo si la restricción de la libertad general de actuación de ella impuesta, se presenta como un medio apropiado, necesario y adecuado. El autor se distancia de Freund al rechazar que las normas de conducta, analizadas desde el prisma de constitucional, preceden al derecho penal. Véase Porciúncula (2014: 204, 223). Asimismo, en relación a la obra de Frisch, véase el trabajo de Pérez Barbera (2011: 532).

concepción de imperativa, por una pretensión de validez de la norma. El ciudadano deja de ser visto como súbdito⁶ y pasa a ser tomado como una persona participativa.

1. Tipo de injusto del delito imprudente

Aunque ha pasado más de medio siglo desde el fallecimiento de Carnelutti, la realidad judicial de nuestro país se discurre como si no fueran lejanos los tiempos en los que el profesor italiano postulaba que la voluntad o intención culposa era una forma de desobediencia que no está dirigida al evento prohibido ni tampoco al evento mandado, pese a que la desobediencia exige una voluntad dirigida a este último. Las normas, que expresan según el jurista italiano imperativos de mandato o de prohibición, serían el anverso y el reverso del mismo imperativo. En su opinión:

[T]ambién expresa desobediencia quien dirige su voluntad a un fin diverso del ordenado. Esto explica la función de la “negligencia, imprudencia o impericia, o bien [...] la inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas” (art. 43. Cód pen.) en el delito culposo; no es que la negligencia, imprudencia o impericia subroguen la carente intención, sino que manifiestan la intención dirigida a un evento distinto del ordenado, precisamente porque, si el agente hubiera querido este último, habría seguido aquellas normas jurídicas o de experiencia que sirven para conseguirlo, *id est* a eliminar el evento prohibido. De este modo, la diligencia, prudencia o pericia son un modo de la acción, el cual excluye no tanto la forma del delito cuanto la voluntad ilícita, esto es, la culpa. [...] Que el agente, sin haber querido un evento contrario al ordenado, haya querido un evento disconforme de éste, se arguye así del hecho de no haber querido el evento mandado; pero esto no permite suponer que sea castigado por haber hecho algo sin querer; por el contrario, el no haber querido el hecho ordenado es la consecuencia, o más exactamente el reflejo de haber querido un evento, sino contrario, distinto de éste. (1952: 292-293)

⁶ Porciúncula consigna que para Binding “las “normas” serían conceptualmente, y en general cronológicamente, previas a las leyes penales. Serían imperativos dirigidos a los súbditos (Untertanen), prohibiéndoles u ordenándoles la realización de una determinada conducta (2014: 221).

Es así como el profesor Carnelutti presentaba su concepción del delito imprudente. Es una composición de imprudencia en clave a la desobediencia (que contraviene deber de atención y/o al deber de obediencia con previsión): a la norma imperativa y una singularidad de esta clase de delito en base al factor interno del agente, quien expresa una intencionalidad asentada en que el daño producido no responda a lo que el agente haga sino a no haber realizado lo que debió hacer. En esa línea se trataría de un delito de desobediencia normativa.

Concepciones como esta tienen varios problemas. Por un lado, no se sabe a ciencia cierta en qué consiste la dirección de la voluntad (con la que, además, diferencia la culpa del dolo), el deber de atención o el deber de desobediencia con imprevisión. Por otro lado, es posible cuestionarse la legitimidad de la intervención penal para restringir derechos fundamentales como la libertad⁷, así como la legitimidad del por qué se

⁷ En lo referido al concepto de *derecho fundamental*, el profesor Landa explica que, “en tanto derechos fundamentales son esferas de derechos y libertades de todo ser humano, con los cuales nace y vive toda persona; al punto que el Estado se constituye en base a ello y la Constitución del Estado sólo los reconoce no lo crea. [...] Los derechos fundamentales son preexistentes al Estado y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria). [...] [L]os derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero que exigen un deber de protección tanto del Estado como de los particulares. De aquí que se derive el doble carácter de los derechos fundamentales, en la medida que contienen un haz subjetivo y un haz objetivo. Por el primero, se reconoce a la persona una esfera de pretensiones y satisfacción de necesidades legítimas jurídicamente reconocibles; por el segundo, y en tanto valores objetivos del ordenamiento jurídico, el Estado asume la obligación de brindar protección legal, judicial, administrativa de los mismos (artículo 44), y coloca a los particulares también en una posición de ventaja como deber de coadyuvar a su protección o satisfacción (artículo 38). [...] [L]os derechos humanos son un todo integral e interdependiente, progresivos y exigibles judicialmente, la catalogación de los derechos como fundamentales, sociales y políticos solo puede aceptarse con fines pedagógicos, pero no como una clasificación válida que determine e incida en su eficacia; porque al fin y al cabo todos ellos son fundamentales. [...] Demás está señalar que los derechos fundamentales son parámetros de validez en la elaboración de las leyes, las sentencias y los actos administrativos; sin perjuicio, que a su vez se constituyan en parámetros de control constitucional fuerte de los mismos” (Landa Arroyo 2010b: 12-21). Con relación al *fundamento de los derechos fundamentales*, el mismo profesor Landa indica que “es propio de la fórmula del Estado democrático y social de Derecho que la dignidad humana constituya el fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 1, 31, 44), en tanto manifestaciones concretas de los derechos y libertades previstas o no expresamente en la Constitución. Pero también, la dignidad les otorga a los derechos fundamentales la fuerza vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares [...] En conclusión si todos los derechos fundamentales se fundamentan en la *dignidad humana* no obstante su diversa naturaleza, se puede hacer exigibles de forma inmediata o mediata en relación a su contenido” (Landa Arroyo 2010b: 12-16). Asimismo, en cuanto a la *titularidad de los derechos fundamentales*, el mismo autor añade que “el titular de los derechos fundamentales es toda persona 2-1). Esto quiere decir que la persona humana es el sujeto por excelencia de los derechos subjetivos que la Constitución ha establecido explícita o implícitamente (artículo 3). Mientras que el Estado es el principal destinatario de la exigibilidad de su cumplimiento” (2010b: 18). Pero sin duda, los derechos fundamentales no son absolutos, así el profesor Landa señala que “ello no obsta para que se mantenga la noción de derechos fundamentales como derechos relativos, no absolutos; es decir que de manera razonable y proporcional puedan estar sujetos a límites en función a otros derechos fundamentales o bienes

sanciona. También se puede sumar al listado crítico el que, adoptándose una visión ontológica de la acción, el deber de estar atento hoy se ve seriamente cuestionado por los descubrimientos de la neurociencia respecto de cómo funciona el cerebro: sesgos cognitivos.

Desde una visión normativa, y siguiendo a Frisch, el profesor Robles Planas destaca la relevancia que le ha dado, el primero, a la determinación de los límites de la libertad (de actuación, frente a los bienes, respecto de otros, a la restricción de esa libertad para la conservación de esos bienes y libertades) como cuestión inicial y previa al problema de la imputación. Asimismo, en alusión a la teoría del tipo normativo, a la capacidad de filtrar objetivamente aquellas conductas que son de interés del derecho penal de las que no lo son por no alcanzar la categoría de conducta típica. Si la conducta es jurídico-penalmente desaprobada por presentar características de intolerable puede alcanzar el calificativo de injusta. Estas características apuntan hacia la creación desaprobada del riesgo. En puridad se trata de un juicio que permite calificarlas de irrelevantes penalmente porque no desborda el ámbito de la libertad general de actuación (Robles Planas 2004: 83).

Criterios normativos (como la libertad de conducta/autorresponsabilidad, *In Dubio Pro Reo* como expresión de no Culpabilidad) son tomados en cuenta, dejándose de lado los ontológicos (dominio del hecho por sujeto, finalidades o capacidades de evitación: estados emocionales), antropológicos o empíricos: de ahí que la prohibición de la conducta no se asiente en la posibilidad ni probabilidad de producir un resultado (si este fuera el caso, señala el autor, también habría que prohibir numerosas conductas escasamente peligrosas afectándose, injustificadamente, la mencionada libertad de conducta). El que las circunstancias relevantes existan objetivamente hace que el juicio no tome como base lo subjetivo (Robles Planas 2004: 80-85).

Tanto Frisch como Robles Planas, colocan al Derecho en:

constitucionales. [...] Los derechos fundamentales llevan en su contenido esencial el límite de no afectar el goce y ejercicio legítimo del derecho subjetivo de un tercero o un bien constitucionalmente protegido. [...] Los límites internos están referidos a aquel ámbito mínimo vital para la existencia de un derecho, sin el cual quedaría anulado o no se le reconocería como tal [...]. Los límites externos de los derechos fundamentales se vinculan con su goce y ejercicio que la norma legal debe cautelar, garantizando los demás derechos fundamentales y protegiendo bienes constitucionalmente a través de evitar el fraude a la ley, el abuso del derecho o la desviación de poder” (Landa 2010b: 23-26).

[P]rimera fila, destacando que una conducta injusta es ante todo una conducta que lesiona el Derecho, en el sentido que va más allá de los límites recíprocamente constituidos (y jurídicamente garantizados) de la libertad de actuación. Por ese motivo critica a Jakobs y a todos aquellos que ven la esencia del delito en un problema de imputación su olvido del significado de lo justo e injusto.

¿Qué queda entonces para la imputación del resultado? Poco. Una vez que se ha determinado que una conducta está típicamente prohibida, sólo se plantea como cuestión de imputación el constatar que el resultado finalmente prohibido se halle en la relación necesaria con el riesgo que implicaba la conducta, esto es, que el resultado sea expresión del peligro y no de un riesgo general de la vida o de otro riesgo distinto del desaprobado. (Robles Planas 2004: 86)

Cabe resaltar ante lo señalado que los delitos imprudentes exigen un nexo (relación de realización) entre la infracción de deber y el resultado, el mismo que debe realizarse por imprudencia.⁸ Además, es de verificarse que ese resultado no fue producto de cursos extraordinarios.

Vivir en una sociedad moderna en donde se dan contactos altamente anónimos exige reglamentar la convivencia estableciendo niveles de cuidado (acciones de cautela) con ciertos bienes que resultan importantes al interior del sistema social. Como señala Feijoo “este deber de cuidado pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organización ajenas que vulneren los derechos de otros como personas” (2003: 278). De tal forma, que corresponde al Derecho Penal garantizar que las actividades de riesgo se produzcan en el marco de ciertos comportamientos que eviten lesionar bienes como vida o salud. Ello no significa de manera alguna que la intervención del Derecho Penal mediante la reglamentación inicialmente administrativa y típica de ciertos comportamientos reduzca el riesgo a cero. Siempre existirá un riesgo residual que, de reportar la producción del resultado lesivo, podrá alcanzar la calificación de fatalidad, pero nunca de comportamiento típico, ya que se enmarca en el riesgo permitido. La

⁸ Así, desde hace tiempo atrás Cerezo Mir vinculaba —aunque haciendo referencia a la idea de *querer*—, la infracción al deber “objetivo” de cuidado al resultado típico: “Para que concurra el tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes es preciso, que el resultado o “la cualidad de la acción no queridos” se hayan producido por imprudencia” (1998: 160).

detección, en ese supuesto, de un comportamiento causal es insuficiente para legitimar la intervención del Derecho Penal e irrumpir en la libertad de actuación del sujeto actuante.

A modo de síntesis, las normas expresan el deber ser general cuyo análisis específico se realiza a través del comportamiento concreto que conlleva, también, una verificación concreta. Ello para determinar si las expectativas de su cumplimiento (expresadas en el cumplimiento de las reglas de cuidado) se han cumplido o, el incumplimiento del deber de orientar su conducta se debió a una determinada incapacidad que lo hizo infraccionar el deber de cuidado. Luego se verifica si el resultado, en caso de haberse seguido el debido cuidado, se hubiera dado de todas maneras. De ahí que hablar de ignorancia o error no significa simétricamente delito imprudente. El tipo de injusto imprudente encuentra fundamento en un actuar sin la diligencia o cautela debida o, si se quiere, con la falta de cuidado que el autor debía realizar.

2. Estructura de los delitos imprudentes

Desde un punto de vista normativo, en el presente trabajo dejamos de lado los elementos que la teoría tradicional postula para la configuración de un delito imprudente. En cambio, seguimos a rasgos generales, la propuesta del profesor Frisch (2004). Al respecto, Porciúncula sostiene lo siguiente:

Frisch argumentó que el recurso al Derecho Penal positivo puede resultar insuficiente para contestar a la pregunta acerca “de las condiciones de legitimidad y los límites del Derecho Penal”. Es cierto, dice Frisch, que se puede estar ante una Constitución plural que ofrezca una respuesta adecuada para tal cuestión, pero también es factible que en una Constitución falten criterios para ello, o que sus declaraciones sean incompletas o demasiado genéricas. (2014: 196-197)

Asimismo, cabe atender lo planteado por Urs Kindhäuser en el sentido de que “es habitual caracterizar la lesión del deber como ‘injusto de acción’ y la realización del tipo objetivo del delito como ‘injusto del resultado’. Expresado con más precisión, el injusto del resultado es el objeto de la imputación jurídico penal y el injusto de la

acción, el fundamento de tal imputación” (2007: 60). En esa línea, le otorga a las reglas técnicas un valor determinante, que no lo tienen, en la configuración del deber de cuidado y correspondientemente en la infracción de la norma de cuidado.

Con relación a la estructura de los delitos imprudentes, se considera imprescindible atender a tres elementos para verificar el **tipo de injusto *ex ante*** (vulneración de la norma de conducta). Estos tres elementos se refieren a la adecuación de la restricción de un derecho fundamental, a las capacidades del agente y a la verificación de la infracción de la norma de cuidado.

En primer término, los delitos imprudentes deben ser observados y examinados a la luz de la infracción de una norma general, lo que implica a la vez verificar la infracción de una norma de cuidado. Esto debe ser cotejado con la presencia de otro derecho fundamental, en la línea de interrogarse si este último justifica la restricción de la libertad de conducta del agente. En ese punto se efectúa un juicio de razonabilidad⁹.

En segundo término, es necesario determinar cuáles son las capacidades del agente. En función de ello, se establece si el agente actúa con o sin el deber de garante. Sobre el particular, Donini (2010: 187-188) cuestiona la imputación de una conducta imprudente en circunstancias en las que el Estado no ha cumplido con su deber de dar a conocer las normas y el agente realiza una conducta imprudente en base a una ignorancia de la ley (*culpa iuris*). Ahora bien, la intervención del Derecho Penal para restringir la libertad del ciudadano debe enmarcarse en una razonabilidad de la medida y en una justificación de la misma. De este modo, Donini marca la pauta al señalar que “una teoría del delito con base constitucional asume que los principios supra ordenadores participan en la definición de los contenidos, de las categorías, de las técnicas y de los objetos de tutela penales en modo, precisamente, ‘fundante’” (2010: 340). En este nivel, se produce el análisis de tipo de injusto *ex ante*, en el que básicamente se analiza la conducta y las capacidades del agente con el que aconteció la acción del mismo.

⁹ Al respecto, la profesora Indacochea sostiene que “la razonabilidad implica evaluar si las restricciones que se imponen a los derechos o a la libertad de los individuos se adecuan a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como injustificadas o arbitraria, sino como razonables [...]. Es decir, el análisis de la razonabilidad de una medida supondría responder si existen ‘buenas razones’ —razones aceptables, en nuestros términos— para adoptarla, teniendo en cuenta sus antecedentes y los fines que persigue” (2008: 103-104).

En tercer término, se analiza la verificación de la infracción de la norma de cuidado. Sobre este punto, Donini exige que el operador de justicia no instrumentalice al partícipe en un evento imprudente, sino que su labor esté estrictamente orientada a la determinación del desvalor de acción (infracción a la norma de cuidado)¹⁰. Ello se analiza a la par del principio de confianza y la expectativa de la norma respecto del cumplimiento de las reglas de cuidado en quienes: a) realizan una conducta imprudente configuradora del tipo básico; o b) defraudan la expectativa de comportarse conforme a esta, pese a tener el deber de garante.

Luego de seguir los tres pasos citados, se verifica la ocurrencia del **tipo de injusto *ex post***. Aquí debe atenderse a cuatro criterios de imputación, a partir del análisis del resultado típico.

El primer criterio de imputación atiende al comportamiento de la víctima. Al respecto, debe atenderse a si existe una auto puesta en peligro de la víctima o cualquier circunstancia que responda al principio de autodeterminación.

El segundo criterio de imputación se basa en la intervención de un tercero. Debe valorarse en qué medida interviene o no un tercero. Ello para determinar lo que se denomina *concurrencia de culpas*.

El tercer criterio de imputación es el fin de protección de la norma en los términos expresados más adelante.

Finalmente, el cuarto criterio de imputación consiste en establecer (probar) si es que el resultado típico guarda relación de riesgo con el comportamiento imprudente del agente. De no llegar a establecerse claramente la relación de riesgo, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

¹⁰ Al respecto, el profesor Donini explica que “tiene entonces un valor no sólo descriptivo, sino especialmente prescriptivo para el legislador, en cuanto a la primacía del hombre sobre la ley y también la ley sobre las decisiones judiciales, la irreductibilidad de la persona a un mecanismo de ‘funcionamiento del sistema’, las clases de bienes a tutelar, las técnicas y fuentes de la protección penal, la relación entre la tutela penal y la extrapenal, las funciones de la pena, etc.” (2010: 342).

La determinación del tipo de injusto *ex post* está también vinculada a criterios de sancionabilidad.

3. Infracción al deber de cuidado y reglas técnicas

Según explica Porciúncula, para realizar el examen de imputación objetiva Roxín exige que, además de que la conducta peligrosa se realice en el resultado, es necesario que este resultado se encuentre cubierto por el *fin de protección de la norma de cuidado* —criterio originario del Derecho civil, fue aplicado por Gimbernat Ordeig al ámbito jurídico-penal—. El criterio del *fin de protección de la norma de cuidado* ha recibido severas críticas por parte de la doctrina. Así, Kupper destaca que en realidad se centra en la dificultad de saber cuál es la finalidad de una determinada norma de cuidado, pero que es una “fórmula vacía”. Por su parte, Puppe afirma que tiene variadas interpretaciones y aplicaciones por lo que es un criterio oscuro. Del mismo modo, también Degener señala que en realidad se trata de niveles sucesivos de individualización de la responsabilidad. Por su lado, Corcoy Bidasolo censura el criterio por su excesiva indeterminación. Martínez Escamilla afirma que tal criterio es absolutamente indeterminado, se apela a un puro intuicionismo o a un “sentimiento de justicia”. Marinucci, además, sostiene que detrás del “fin de protección de la norma” existe la exigencia de que se dé un “nexo de infracción del deber de cuidado”. Curado Neves subraya su carácter impreciso, lo que Reyes Alvarado suscribe señalando que es un criterio vago e inservible (Porciúncula 2014: 253-256).

Ante este escenario, los profesores Niewenhuis, Puppe, Corcoy Bidasolo y Martínez Escamilla han propuesto, por separado, replantear su contenido, como explicamos a continuación.

Niewenhuis sostiene que el *fin de protección de la norma de cuidado* se refiere a su aptitud genérica para evitar determinados riesgos. Por su parte Puppe afirma que el *fin de protección de la norma* debe ser entendido como la idoneidad genérica de la norma para evitar determinadas clases de cursos causales. Esto es, cuando su observancia reduzca significativamente “y no sólo por casualidad” la frecuencia del daño.

Para la profesora de Barcelona, Corcoy Bidasolo, el *fin de protección de la norma de cuidado* debe referirse a su idoneidad general (que se asentaría en una constatación estadística de su eficacia para evitarlo), para luchar contra una determinada clase de riesgo. Como siguiente paso se debe encontrar su finalidad específica, para lo cual se utilizan los métodos tradicionales de interpretación, como la interpretación histórica y la teleológica. Como es posible que el legislador no haya pensado en la finalidad de la norma entonces la interpretación histórica, observa Corcoy Bidasolo, no tendrá tanta relevancia, mientras que la teleológica sí resultará de vital importancia. Por su parte Martínez Escamilla, apoyándose en la postura de Niewenhuis, propone dos pasos a seguir: a) desde una posición *ex ante*, para justificar la exclusión de la imputación objetiva se debe encontrar la aptitud general de la norma de cara a evitar una determinada clase de riesgo; y b) mediante criterios habituales de interpretación y los argumentos de la lógica jurídica averiguar entre todos los riesgos cuál o cuáles son lo que la norma es capaz de evitar (Porciúncula 2014: 253-256).

Porciúncula reconoce que el criterio del *fin de protección de la norma de cuidado* ha sido fijado por los autores señalados mediante un contenido material. No obstante, lo considera inadecuado porque se analizaría sólo el “árbol y no el bosque” ya que no se examinaría la punibilidad (o no) del resultado (este criterio podría recaer sólo en una infracción administrativa. Por ello, prefiere la posición de Frisch. Así, señala:

[E]s que los enunciados acerca de la dimensión de la punibilidad sólo pueden deducirse metodológicamente de las normas de sanción y de las normas de conducta del Derecho penal. Dicho de otro modo, es necesario verificar si la conducta, más allá de la infracción de una norma de cuidado, puede ser desaprobada en términos estrictamente jurídico-penales. Además, es preciso verificar si el resultado ocurrido constituye la manifestación del riesgo en virtud del cual la conducta está jurídico-penalmente prohibida. (Porciúncula 2014: 257)

Aunque metodológicamente el análisis de imputación de Frisch se muestra más completo, las posturas de Corcoy o Martínez Escamilla pasan el tamiz de la eficiencia y pueden ser utilizadas, válidamente, para aplicar este criterio de imputación (hoy ya con contenido material) en casos concretos.

La profesora Mirentxu Corcoy ha investigado profundamente el delito imprudente, la norma de cuidado, infracción al deber de cuidado y reglas técnicas. Según explica, el deber de cuidado (objetivo, al que privilegia, y subjetivo), no es, en sí mismo una norma penal, determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta. La infracción del deber “objetivo” no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado, siendo, por el contrario, precisa que concurra además el deber “subjetivo” de cuidado junto a la posibilidad de atribución del carácter típicamente relevante (2008: 73-82).

De la misma forma que la infracción del deber “objetivo” de cuidado no basta para la infracción de la norma de cuidado, para el deber “objetivo” de cuidado tampoco es suficiente la existencia de alguna regla técnica (también denominada por Corcoy como normas de seguridad o reglas de conducta, reglas generales de cuidado o deberes de cuidado genérico). Las reglas generales —reglas técnicas— precisa esta autora, constituyen el principio que sirve de guía orientativa sobre lo exigible en cada caso para determinar la existencia o no de realización típica.

El fundamento jurídico de estas reglas técnicas puede tener su origen en leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales o usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate y que surgen por la vía del derecho consuetudinario.

Así, las reglas técnicas “son las normas que rigen el tráfico diario, previstas en el código de circulación, los reglamentos que regulan la actividad de los trabajadores, empresarios y técnicos en el ámbito de la construcción e industria, como el reglamento de seguridad e higiene en el trabajo [...] o las reglas específicas de cada sector industrial” (Corcoy 2008: 77).

Siempre en el ámbito del análisis de imputación objetiva, la profesora Corcoy rescata el trabajo judicial de los magistrados en tanto han desarrollado y aplicado el principio de confianza como parte del juicio de imputación, que —considera— se encuentra limitado por los principios de defensa y seguridad (aplicándose todos éstos en las imprudencias cometidas en el tráfico diario).

No compartimos del todo su afirmación respecto a que la *Lex Artis*, analizada de manera desarticulada del tipo de injusto, es el principio que preside las actuaciones de profesionales en el ejercicio de su oficio y, en particular, en el campo de las profesiones liberales, en las que aun existiendo reglamentaciones específicas estas no tendrían la importancia determinante en la configuración del deber de cuidado como lo sería la *Lex Artis* (el principio rector de las actuaciones del personal médico, policías, abogados, etc). Creemos necesario que se tienda, aunque la tarea es difícil, a la exigencia de la estandarización en la actuación profesional mediante la reglamentación general de actividades profesionales (protocolos) y no dejarlas a criterio “abierto” de los mismos profesionales. Entre los abogados litigantes se señala que existe un sentimiento común entre los médicos que impediría contar con un informe técnico pericial objetivo. Sin embargo, entendemos que esta *Lex Artis* (que denomina previsibilidad subjetiva)¹¹ debe ser un criterio más en la valoración del tipo de injusto imprudente. Dicho esto, sin embargo, de *lege lata*, se debe reconocer que hoy en día, sobre todo en el sector médico, la *lex artis* viene constituyendo un criterio de imputación que no ha sido posible aun dejar de lado.

En suma, las reglas técnicas son criterios genéricos del comportamiento en el desempeño de actividades peligrosas. Coloca ejemplos como los límites de velocidad, el paso de cebra, el señalamiento de las zanjas, la utilización de cascos en la construcción, los sistemas de seguridad para determinadas máquinas, la receta prescriptiva para expender ciertos medicamentos, etc. Se trata de ejemplos de reglas técnicas que, según afirma, en cada sector del tráfico podrían configurar los deberes de cuidado de este.

El que no existan reglas técnicas que regulen todos los casos de las actividades riesgosas, afirma Corcoy, da cuenta de que la infracción de reglas no específicas para el caso concreto constituye simétricamente una infracción al deber de cuidado y/o que la observancia de las reglas técnicas genéricas no significa que no se ha infringido este deber de cuidado. Esto último sólo puede ser entendido en el sentido que la regla técnica que se invoca no es, en realidad, la pertinente o determinante para el caso concreto. Hacemos esta afirmación porque, si la conducta del sujeto se asienta estrictamente en

¹¹ Jakobs señala que “la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido [...] al injusto de imprudencia (y no sólo a la culpabilidad) pertenece la previsibilidad subjetiva (1997: 338).

las reglas técnicas específicas que la regulan, puede constituir un indicador de que el sujeto se ha mantenido en el ámbito de riesgo socialmente permitido y dentro de la esfera de su libertad general de actuación. Sin embargo, existen casos en los que manteniéndose dentro de las reglas técnicas el comportamiento analizado infringe el deber de cuidado. Ejemplo: un conductor que desplaza su vehículo a 20 Km/h y advierte que un niño cruza la pista y en lugar de evitar el atropello continúa desplazándose a una velocidad que se encuentra objetivamente por debajo del límite de velocidad máxima establecida.

En sentido contrario, es posible que el conductor infrinja la regla técnica y no incurra en una infracción al deber de cuidado. Así el caso del conductor que excede la velocidad reglamentaria para eludir colisionar con otro vehículo cuyo conductor venía distraído.

Sin embargo, la acción imprudente más común se da cuando el agente infringe reglas técnicas, infringiendo a la vez el deber de cuidado, y que, producto de esa acción se produzca un resultado relevante para el Derecho Penal que encuentre sentido comunicativo en la contravención de la norma de cuidado. Habría que evaluar, también, si se encuentra comprendido en un descargo de la imputación (causa de justificación)¹².

4. Delitos imprudentes recogidos en el artículo 124 del Código Penal

a) Tipo básico

¹² En términos de Urs Kindhäuser: “los tipos de delito son expresión de una coordinación más o menos diferenciada entre la libertad general de acción del destinatario de la norma, por una parte, y un interés concreto de protección, por la otra. [...] Para evitar ser malentendido también las causas de justificación son coordinaciones de intereses válidas de manera general; sin embargo, se refieren a circunstancias que no desempeñan siempre un papel en la aplicación de las normas de prohibición penales, sino que solamente lo hacen en situaciones especiales. Además, normalmente las causas de justificación se refieren a una multiplicidad de normas de comportamiento, en la medida que introducen intereses específicos que pueden ser relevantes en diferentes conflictos de intereses. De esto sigue que: una restricción de la norma típica mediante elementos de tipo adicionales solamente se puede deducir del mismo fin de protección de aquella. Hay que fundamentar que la restricción es necesaria para lograr un equilibrio justo entre la libertad general de acción, por una parte, y el interés protegido, por otra. En cambio, si se trata de tomar en consideración en su caso otros intereses adicionales opuestos y de mayor rango, estos han de ser tenidos en cuenta por la vía de las causas de justificación” (2007: 72-74).

El artículo 124 del Código Penal prescribe que “el que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa”.

En primer lugar, debe señalarse que el tipo básico del delito de lesiones imprudentes recurre a una fórmula causal de producción de un resultado de lesión (“causa a otro”). Como ya se mencionó, ello privilegia el análisis del resultado sobre el de la conducta, pese a que el Derecho Penal exige —bajo el principio de culpabilidad— una responsabilidad por el hecho. Esta circunstancia ha generado que el legislador no describa los hechos configuradores de la infracción de la norma de cuidado.

En segundo lugar, la indebida redacción visualiza afectaciones a dos objetos de protección (el cuerpo o la salud), cuando en realidad —como la neurociencia lo demuestra— se trata de una falsa diferenciación.

En tercer lugar, debe mencionarse que el tipo de injusto *ex ante* comprenden las conductas que constituyen, a nuestro criterio, la infracción de las reglas de conducta genéricas en una sociedad de riesgo. El legislador ha considerado aquí lo que en la doctrina española se denomina “culpa del profesional”.

En cuarto lugar, el resultado (lesión) debe configurar una afectación a la salud (que incluye, obviamente, al cuerpo), de acuerdo a una interpretación sistemática con el artículo 441 del Código Penal¹³, que establece que son faltas de lesión imprudente aquellas en las que la conducta que constituye un tipo de injusto *ex ante* ha producido un tipo de injusto *ex post* de hasta quince días de incapacidad. El legislador ha entendido que incapacidad es similar a descanso médico.

¹³ **Código Penal**

Artículo 441.- El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o la lesión se produzca como consecuencia de un hecho de violencia familiar, o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel. Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona *hasta quince días de incapacidad*, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa”. *Cursivas añadidas.*

En ese sentido, el delito de lesiones imprudentes exige en el análisis *ex post* que se verifique que la incapacidad o el descanso médico tome un mínimo de dieciséis días y un máximo de treinta días, en el supuesto del numeral 3 del artículo 121 del Código Penal. No será de recibo entonces una argumentación que sostenga que, como en el artículo 124 del Código Penal no se consigna de forma expresa un plazo mínimo de incapacidad o descanso entonces no existe tal plazo y, por ende, que basta con la producción del resultado (cualquiera sea su magnitud) para imputar un delito y no una falta.

b) Tipo imprudente agravado por lesión grave

Debe determinarse que el tipo de injusto *ex ante* esté en proporción a la producción de la lesión¹⁴ grave. Debido a que el artículo 124 del Código Penal no precisa en qué consisten las lesiones graves debemos recurrir para ello al artículo 121 del mismo código (lesiones dolosas graves). En este punto encontramos tres matices.

En primer lugar, el numeral 1 del artículo 121 del Código Penal sanciona las lesiones que “ponen en peligro inminente la vida de la víctima”. La valoración de esta puesta en peligro tiene que traducirse en una afectación cualificada (lesión de la salud y puesta en peligro de la vida de la persona), la cual puede tener un efecto permanente (como en el caso de contagio de sida) o transitorio (pero de alta gravedad).

En segundo lugar, el numeral 2 del artículo 121 del Código Penal sanciona las lesiones que “mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente”. Debe interpretarse la mutilación como el desprendimiento o retiro de un miembro u órgano de la corporeidad de la persona. Por otro lado, hacer impropio para la función implica que el miembro u órgano siga siendo parte de la corporeidad, pero no esté en condiciones de realizar sus funciones propias.

¹⁴ “Si se parte del conocido *principio del daño* existe un argumento primario para castigar cuando una conducta lesiona o pone en peligro a otras personas y se observan los límites de la imputación correcta y los márgenes de libertad garantizados constitucionalmente” (Von Hirsch, Seelman y Wohlers 2012: 55).

En tercer lugar, el numeral 3 del artículo 121 del Código Penal sanciona las lesiones “que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa”. Una interpretación posible que nos parece que atiende al principio de mínima intervención debiera tomar en cuenta que el plazo mínimo de treinta días de asistencia o descanso debe regir también en los casos de los dos numerales anteriores.

c) Tipo imprudente agravado por inobservancia de profesión, ocupación o industria

Aquí hay que destacar la forma cómo se ha organizado la sociedad de cara a convivir con los riesgos. Ello significa que las personas que desempeñan una actividad con determinadas capacidades y para la cual se les exige alcanzar un título profesional o el desarrollo de determinada actividad para la cual han demostrado estar capacitados (ocupación: conductor de vehículos pesados, de transporte de mercadería especial por sus dimensiones o peligrosidad, para lo cual cuentan con título o permiso de conducción especial, o industria: manejo de determinadas maquinarias para las que, previamente se estudió en instituto técnico). La norma les ha confiado el manejo, conducción o maniobrabilidad de maquinarias, vehículos, material médico o industrial altamente tecnificado en razón de contar con la debida preparación. En nuestro país, el alto grado de informalidad hace que se pueda incluir en los supuestos normativos cualificados, a personas que tengan gran experiencia por el número de máquinas o aparatos y el tiempo que desarrolló la actividad. De esta manera para el cumplimiento normativo de la exigencia “ocupación” o “industria” más que el título se exigirá experiencia.

No se debe confundir lo señalado por la doctrina española respecto a la terminología *Culpa del profesional* y *culpa profesional*¹⁵ con que la misma comprende sólo a la

¹⁵ Felip I Saborit recoge casos de homicidio (que bien pueden ser aplicados, en lo pertinente, cuando el resultado típico es el de lesiones) y da cuenta en qué consisten ambos conceptos: “Asimismo, se prevé una inhabilitación profesional adicional en caso que el homicidio sea producto de una imprudencia profesional (art. 142.3). Para evitar que este subtipo agravado se aplique sistemáticamente a toda imprudencia cometida en el desempeño de una profesión, la jurisprudencia ha intentado distinguir la ‘culpa del profesional’ de la ‘culpa —propriadamente— profesional’. Así, cuando en el ejercicio de una profesión se incurre en una infracción del deber de cuidado común que acaba produciendo un resultado de muerte (culpa del profesional), se responderá por el tipo básico del homicidio imprudente. Cuando, por el contrario, el resultado es producto de la falta de conocimientos o de

actividad profesional. La primera opera como agravante toda vez que se trata de infracciones al deber de cuidado en el desarrollo de la actividad para lo cual se encontraba especialmente preparado y que, sin embargo, no atendió a las expectativas normativas para actuar conforme a las reglas técnicas que regulaban su actuación específicas produciendo, con la infracción a la norma de cuidado el resultado típico. En la segunda, el agente actúa bajo la posición de garante, debiéndose identificar el surgimiento de este deber según el caso concreto: si actuó como conductor, mecánico, médico, etc. Aquí es importante conocer si la posición de garante está vinculada a la conducta que infringió el deber de cuidado para analizar si opera la agravante. Por su lado, la culpa del profesional es la infracción a las reglas impuestas para el desarrollo de las actividades riesgosas y que, igualmente, alcanzan a infringir la norma de cuidado y, como consecuencia, se ocasiona el resultado típico. Tal proceder contrario a la norma de cuidado corresponde a la configuración del tipo básico.

d) Tipo imprudente agravado por pluralidad de víctimas

Desde nuestra óptica, la única forma que se atribuya esta agravante es probando que el desvalor de la conducta imputada ha defraudado las expectativas de la norma de conducta que resulta proporcional atribuirle la agravante por pluralidad de víctimas. En ningún caso la sola ocurrencia de pluralidad de víctimas fundamentará la agravante.

En la línea de lo expuesto la forma cómo se ha desarrollado está infracción a la norma de cuidado, el desprecio del agente por conducirse conforme a deberes generales en el desarrollo de la actividad riesgosa o en una actividad especialmente riesgosa (en la que —eventualmente— actúa en posición de garante, por ejemplo) puede configurar esta agravante.

la infracción de las reglas específicas de la actividad (culpa profesional), se aplicará el tipo agravado de homicidio por imprudencia (grave) profesional. Ejemplos relativos a un conductor de un autobús (STS de 8 de mayo de 1997, ponente Martín Pallín): a) Exceso de velocidad en una curva (culpa del profesional); b) Error en la realización de tareas mecánicas de mantenimiento del vehículo (culpa profesional)". (2006: 31-32). Por su parte, Choclán y Calderón apuntan lo siguiente: "Es importante tener presente la diferencia entre la 'culpa del profesional' y la 'culpa profesional', siendo aquélla la imprudencia común cometida por un profesional y esta última la que descansa en una 'impericia crasa', ineptitud o falta de conocimientos específicos exigibles para el desempeño de determinada profesión" (2005: 266).

e) Tipo penal agravado por utilización de vehículo motorizado, arma de fuego o bajo el efecto de drogas

Es menester destacar que la equiparación de objeto peligroso que se expone al indicar que la agravante exige una realización de conducta por utilización de vehículo motorizado o arma de fuego no nos parece adecuada. Nos parece arbitraria. Ello porque el arma de fuego tiene una naturaleza peligrosa *per se* mientras que el vehículo motorizado no. En cuanto a este último punto (vehículo motorizado: circulan por la Panamericana sur triciclos a los que se les ha adaptado un motor, los que no entran en este calificativo (vehículo motorizado) constituyendo evidentes riesgos prohibidos en la circulación vial (no son pasibles de permiso de conducir, no pasan revisión técnica, los conductores y pasajeros no se colocan elementos mínimos de seguridad —a saber, casco, cinturón de seguridad, etc.—).

A la situación descrita hay que agregarle la reciente presencia en las de los medios de transporte individual: *Skateboard* cuyos conductores nocturnos han “invadido” las principales pistas destinadas para vehículos motorizados (en menor medida, han aparecido también los *Hoverboard*, que son aparatos similares pero con baterías que ayudan a impulsarlos).

El descontrol en la ocurrencia de un gran número de accidentes en el tráfico vial y el sustancial incremento de víctimas a consecuencia del mismo no le dan fundamento al legislador para señalar que estamos ante un objeto igual de peligroso que un arma. De ahí que no es lo mismo una pistola a una piedra o un cuchillo (aunque estos dos últimos se utilicen como armas contra un tercero) porque estas últimas requieren de un acto posterior que exprese peligro.

La calificación de arma, como objeto peligroso en sí mismo, es estrictamente normativa. El legislador ha calificado como peligrosa su sola posesión; mientras que aunque con una piedra o cuchillo se pueden realizar conductas lesivas para los derechos vida o salud (habría que valorar previamente qué uso se le da a la piedra o cuchillo), su sola tenencia no puede ser calificada de peligrosa. Nuria Pastor señala que el poseedor de un arma da lugar a una posición de garante que termina cuando cesa la posesión indebida (sin autorización del estado para portarla). Otra postura, que ella no comparte, es que “el

poseedor tiene el deber de no poseer determinados objetos sin autorización” (2005: 43). Se podría objetar, por el contrario, que el uso, utilización de un vehículo, exige permiso de conducir: habría que determinar si la posesión del vehículo comprende la utilización. Nosotros creemos que no. Además, el arma en sí misma es calificada de peligrosa, mientras que el vehículo no. La sola posesión de un arma, sin autorización, puede alcanzar la calificación de típicamente antijurídica. La del vehículo, cuyo titular no cuenta con permiso, no.

Otro factor a tomarse en cuenta en relación a la exaltación de peligroso, para agravar el tipo imprudente de lesiones, por utilización de vehículo, corresponde al diseño de la política Vial del estado. En efecto, la importación masiva de vehículos con diez, veinte años de antigüedad, el permitir que circulen vehículos adaptados (timón cambiado; tráiler adaptado como bus para transportar pasajeros, triciclos a los que se les ha incorporado el motor, la contaminación visual con paneles publicitarios etc., por citar algunos ejemplos) propician que la actividad del transporte vial se torne aún más peligrosa de la que ha sido tolerada por la sociedad.

Lo expuesto nos lleva colegir que nos parece justificado establecer una agravante cuando la conducta imprudente es desarrollada mediante el uso o la tenencia de arma. El que no cuente con permiso adicionara un delito doloso por su indebida posesión.

No encontramos asidero para fundamentar la agravante cuando medie utilización de vehículo motorizado porque su sola posesión no alcanza el calificativo de peligroso, a diferencia del arma.

De otro lado, quien alcanza un resultado típico contra la salud de un tercero por haber actuado bajo los efectos de drogas tóxicas o estupefacientes, sustancias sicotrópicas o drogas sintéticas o 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos-litro, en el caso de transporte público de pasajero, mercancías o carga en general, tal accionar no es ni puede ser calificado de imprudente.¹⁶ Ello sólo podría ser

¹⁶ Al respecto, el artículo 274 del Código Penal prescribe: “El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido [...] Cuando el agente preste servicio de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de

admitido en esos términos si se desdobra la acción entre lo querido (la acción de infraccionar la norma de cuidado) y no querido (el resultado típico), en atención a una concepción ontológica. Sin embargo, a lo largo de nuestro trabajo hemos dado cuenta de nuestro distanciamiento con esta posición y de las razones por la que efectuamos este rechazo.

Quien actúa colocándose en el estado de afectación por consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, sustancias sicotrópicas o drogas sintéticas o 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos-litro, en el caso de transporte público de pasajero, mercancías o carga en general hace suyo el resultado típico que produzca su accionar a título de dolo¹⁷. Ya el profesor Hruschka ha enseñado que acción y producto de la acción, el resultado deben ser asumidos por quien realizó la acción ya que sólo se responde por un *actio libera in re*. Es decir no solo cuando se es libre en el momento de producir del resultado típico sino, también, cuando no siéndolo en la circunstancia de producir del resultado, sí lo fue, con ocasión de colocarse en dicho estado (*Actio Libera en sua Causa*) (2009: 54).

De modo que aquí no nos encontramos ante una agravante del delito imprudente en comentario: eventualmente, estaremos frente a un delito de naturaleza dolosa. Resulta curioso constatar las diferencias que presentan las penas privativas de la libertad en el tipo doloso de conducción de vehículo particular (6 meses a un año) y vehículo de transporte público u otros (1 a 3 años) frente a la misma conducta con resultado imprudente (4 a 6 años) respecto a conducir en estado de ebriedad (en las cantidades anotadas) o bajo el efecto de drogas (en términos genéricos). Pareciera que el legislador ha privilegiado con mayor pena el resultado en el delito imprudente. De ser así, se estaría afectando el principio de culpabilidad.

alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas”.

¹⁷ Los trabajos de Sánchez-Ostiz e Íñigo dan cuenta que, de manera extraordinaria la persona responde por los actos previos. Así: “Si el agente era libre en su origen y mantuvo libertad después, durante la fase de afectación a un bien jurídico (1+2: *actio libera in se et in sua causa simul*), responde ordinariamente (también responderá ordinariamente si, no siendo libre en su origen, pasó a ser libre después y obró con autocontrol: 3+2). En cambio, si la acción no fue libre en el momento de afectar a un bien jurídico, pero sí lo fue originariamente (1+4: *actio non libera in se, sed in sua causa*), procede imputar de manera extraordinaria” (2013: 8).

En el caso del conductor de transporte público de pasajeros se verifica una situación de deber de garante por el medio que está a su cargo y para la cual, conductor de pasajeros, se le ha otorgado una licencia diferenciada, especial¹⁸.

f) Delito imprudente agravado por inobservancia de reglas técnicas de tránsito

En este punto es aplicable todo lo antes señalado. Las reglas técnicas no pueden configurar una agravante si lo que regulan son disposiciones para el desarrollo de la actividad comprendida como riesgo socialmente admitido para el común de las personas. En contraste, consideramos que sí debe operar como agravante para aquellos profesionales, técnicos experimentados o técnicos calificados, a quienes se les ha confiado el desarrollo de determinada actividad técnica o profesional, que defraudan expectativas normativas en mayor medida y con consecuencia de mayor afectación al tipo de injusto.

De ahí que se configurará, en principio, el tipo cualificado, al ostentar el deber de garante, tras infringir la regla técnica su conducta infracciona el deber de cuidado. Es una conducta infiel frente a la norma de cuidado (conducta que debe garantizar un mínimo de cuidado con bienes ajenos como la vida o la salud) y produce un resultado típico que le es imputable.

Asimismo, para aceptar la configuración del delito agravado, deberá tenerse en cuenta que no exista otro factor interviniente en la imputación del resultado típico, como podría ser la intervención de la víctima o de un tercero. En este punto, es necesario diferenciar, como lo hace un sector de la doctrina, entre los criterios de imputación —como juicio de imputación— y la interpretación restrictiva que se hace del tipo imprudente (alcance del tipo objetivo).

¹⁸ Sobre este punto y en lo referente a la conducción de un camión, la profesora Kuhlen menciona que “[r]ecientemente Shünemann ha propuesto y no sin razón que el 316 se interprete como un delito de aptitud, tanto en lo relativo a la incapacidad absoluta como a la relativa, al menos para el caso de la conducta típica consistente en ‘la conducción de un camión’. En tal caso, sería necesaria una conducta adecuada para la lesión, para lo cual no basta con la puesta en marcha, sino que es necesario el inicio de la conducción, cuando no alcanzar una velocidad adecuada para producir la lesión de otra persona. La conclusión a la que se llega es que la conducción bajo los efectos del alcohol por un lado es un delito de aptitud (en los supuestos de incapacidad relativa), y por el otro una mezcla entre el clásico delito de peligro abstracto y un delito de aptitud (en los supuestos de incapacidad absoluta)” (2012: 234).

Capítulo 3

Interpretación constitucional de los tipos imprudentes (art. 124 del Código Penal) a partir de la casuística

1. Caso del volquete con desperfectos (Exp. 24414-11)

A fin de efectuar el juicio de imputación correspondiente, explicaremos nuevamente la secuencia de hechos del primer caso.

Siguiendo la Resolución N° 770, nos remontamos a la tarde del día doce de octubre del 2011 cerca de Lurigancho, Chosica, aproximadamente a las 3:30 pm. El señor Q trabajaba como chofer de una empresa de construcción. Dos días antes había observado un desperfecto en el vehículo, lo que comunicó a sus empleadores de la empresa Volquete Maquinarias S.A., quienes le dijeron que el vehículo ya había sido reparado y le devolvieron el camión el mismo día del evento. El día de los hechos, el señor Q manejaba dicho camión volquete por la carretera, trayendo consigo una carga de desmonte que debía llevar hasta una obra llamada “Los Parques de Villa el Salvador”. Bajando una pista afirmada y empinada de aproximadamente mil metros, el chofer se da cuenta de que los frenos del vehículo no respondían, por lo que decidió utilizar la caja de cambios como contención a la velocidad que se iba incrementando por el peso y la inclinación.

La caja de cambios reventó y, ante la evidente imposibilidad de detener el vehículo, el señor Q dirigió el vehículo hacia una pared del lado izquierdo de la pista. Al aproximarse a dicha pared, abre la puerta del conductor y se tira, fracturándose una pierna. El vehículo adopta una dirección arbitraria por lo irregular de la vía, retomando la pista. Quinientos metros más abajo cruza otra pista y termina colisionando con una casa y produciendo la muerte de cuatro personas y dejando gravemente heridas a otras

cuatro. El señor Q es acusado de homicidio culposo y lesiones culposas, por lo que es condenado a cinco años de pena privativa de la libertad, de la cual se descontará el tiempo de prisión preventiva que se le impuso por este mismo hecho (aproximadamente un año y medio).

Desde el ámbito de la *norma de conducta*, el juicio puede delinarse como se explica a continuación.

1.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante

Es conocido por todos que la libertad de conducta no puede asumir las consecuencias del riesgo residual, que siempre se produce a título de fatalidad y que se encuentra contemplado como riesgo permitido con el fin de que las actividades en la sociedad se lleven a cabo. Ello implica entender y asumir que el desarrollo de dichas actividades no reduce el riesgo intrínseco a cero. De producirse un resultado en estas circunstancias — muerte o lesión— serán atípicos. Para mayor ilustración la doctrina penal ha destacado cómo la población tiene que conformarse, por ejemplo, con el material y las estructuras con que están hechos los aviones y las medidas de seguridad con que cuentan. Esto pese a que tales elementos no son los más seguros porque implementar algo así elevaría el coste de los pasajes a precios impagables para el sector mayoritario de los usuarios (Feijoo Sánchez 2003: 293). Aun si los aviones fuesen fabricados con materiales y estructuras más seguras (para las personas afortunadas por su condición económica de poder transportarse en avión) y existieran accidentes con lesiones o muertes, estos resultados lesivos se enmarcarían, también, dentro del riesgo residual (riesgo permitido).

En esa línea de pensamiento la tarea de la imputación objetiva se centra en identificar la creación del riesgo penalmente relevante: a qué conducta se le atribuye, si esta alcanza a configurar una infracción al deber de cuidado que se dimensione en contravenir la norma de cuidado. Finalmente, si el resultado, más allá de una vinculación causal y guardando una relación de riesgo, le es imputable a la conducta materia de examen.

En ese orden, *ad initio*, es necesario conocer las indicaciones técnicas en las que se desplazaba el volquete y las condiciones personales en las que se encontraba el conductor.

Los hechos probados dan cuenta que el volquete había sido *reparado* por acusar una falla mecánica. Que el día de los hechos el conductor lo había utilizado durante toda la mañana sin consignarse problema alguno. Al descender por un plano inclinado de aproximadamente mil metros el volquete venía cargado con desmote. No se acusa sobrepeso, por lo que, tratándose de un vehículo de carga el desarrollo de esta actividad puede ser calificada de regular, máxime si se trata de un vehículo preparado para esta actividad de riesgo —sistema de frenos de aire comprimido; doble sistema de cambios de velocidad que permiten un mejor control de las mismas en concordancia con el peso que, eventualmente, transporta—. Este vehículo cuenta, además del sistema de frenos regular, con otros llamados *brakes* (en inglés, frenos) uno y otro cuentan con su propia palanca de cambio. El efecto de la utilización de ambos a la vez, es que las velocidades de los cambios regulares se reducen. Así, al colocarse en tercera velocidad la velocidad real de desplazamiento es de segunda y, de colocarse en esta última la velocidad de desplazamiento es de primera. Ello porque al activarse estos dos sistemas de palancas de cambio aumenta el poder de contención (control en relación a peso y velocidad) de dicho vehículo. El chofer afirmó en su manifestación que ambas palancas se encontraban activas y en funcionamiento durante el trayecto de bajada. La inspección técnico policial no contradice esta aseveración.

1.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta del acusado

En cuanto al conductor, este contaba con licencia de conducir “Clase A, Categoría tres profesional especial – C” que lo habilitaba a conducir vehículos pesados, de grandes dimensiones y preparados para transportar varias toneladas de peso. Tenía siete años de experiencia en la conducción de estos vehículos y ningún antecedente de infracciones a reglas técnicas ni deberes de cuidado. Al haberse malogrado el vehículo estuvo de descanso mientras lo reparaban, por lo que el día de los hechos no adolecía de fatiga por exceso de trabajo; además, el examen de sangre dio cuenta que no había ingerido drogas ni alcohol. Es decir, el protagonista de nuestra historia se encontraba en condiciones de lucidez para conducir. Debemos señalar que al señor Q no le correspondía algún deber

de garante frente a las fallas técnicas del vehículo que supuestamente fueran recientemente reparadas: supervisión o garante del buen estado del vehículo; estas son condiciones que escapan a su esfera de organización y menos le permite una planificación que le otorgue competencia.

De otro lado, la vía es afirmada y de una inclinación pronunciada. Hacia el lado derecho de la pista se encuentra un descampado pero con desniveles pronunciados y, hacia el lado izquierdo una pared larga que llega hasta la parte baja donde esta pista termina y desemboca en otra que la corta dibujando —más o menos— un plano con dos ángulos de 90 grados. A desnivel (más abajo) de esta otra pista se encuentran casas habitadas que hacen frontis con la pista en bajada.

El personal técnico policial indicó no poder determinar la velocidad del volquete mientras se desplazaba cuesta abajo. Señaló que tampoco podía determinar si los frenos habían fallado y si la caja de cambio se averió antes de rodar los últimos quinientos metros de bajada, caer y colisionar con la casa en donde murieran y fueran lesionadas gravemente varias personas.

La utilización de ambas palancas de cambio (mientras funcionó) permite afirmar que no es posible hablar de exceso de velocidad en la conducción del señor Q. En cuanto a las maniobras para controlar el vehículo: repetidos actos (infructuosos) de frenada, el intento (fallido) de reducción de la velocidad mediante la maniobra de bajar de tercera a segunda y, finalmente, el direccionamiento del volquete para que se choque contra el muro lateral de la izquierda antes de arrojarse fuera del vehículo resultan actos razonables en tales circunstancias. Direccionar el vehículo hacia el lado derecho o quedarse en su interior hasta la colisión final hubieran significado una muerte segura que ningún sistema penal puede exigir que tal sacrificio sea realizado por persona alguna. El acto propio de salvamento, arrojarse del vehículo frente a lo que venía aconteciendo es de recibo.

Desde el ámbito de la *norma de sanción*, el juicio puede ser delineado de la siguiente manera.

La policía concluye por la responsabilidad penal agravada del señor Q aduciendo un exceso de velocidad (regla técnica) que no puede demostrar ni tampoco puede contradecir la versión de éste. Desde esta perspectiva es posible apreciar que no se ha efectuado test de proporcionalidad¹.

Recurrir al principio precautorio limita el análisis a la esfera del conductor, circunscribiéndonos a una participación causal de éste en el evento para atribuirle responsabilidad penal.

1.3 Principio de confianza

Si tomamos en cuenta el principio de confianza el resultado es distinto. Debe notarse que las condiciones del señor Q son estables y que no se trata de un evento suicida, por lo que este principio, como criterio general de imputación, abre el escenario a otros factores que expliquen la generación de la infracción del deber de cuidado. Antes, debe anotarse que es una apreciación sesgada quedarse en el análisis de la velocidad cuando ésta es una consecuencia de haberse colocado en la circulación vial a un vehículo de carga en condiciones defectuosas que el conductor desconocía.

Si la compañía de transporte de material pesado, para la cual trabajaba el señor Q, ordenó la reparación del vehículo es un acto de prueba que debió realizarse. Si el personal del taller realizó la reparación pertinente para ponerlo en condiciones de realizar la actividad de transporte, también.

Si se determina que no se realizó la reparación técnica, entonces hacerlo circular nuevamente daría cuenta de una infracción al deber de cuidado. Tal infracción consistiría en haber colocado un volquete sin las condiciones mínimas de circulación

¹ Según Lopera Mesa “[L]a utilización del principio de proporcionalidad reclama una concepción de los derechos fundamentales como normas que, en los casos difíciles, imponen mandatos de optimización, esto es, ordenan que tales derechos sean garantizados en la mayor medida posible, y cuya limitación solo es constitucionalmente legítima cuando las medidas que restringen el derecho constituyen medios idóneos, necesarios y estrictamente proporcionados para alcanzar alguna finalidad constitucionalmente legítima que entre en colisión con el principio que ordena la protección del derecho fundamental. Tal entendimiento de los derechos fundamentales implica concebirllos como límite a todo ejercicio del poder estatal, incluidas las decisiones político criminales del legislador, en tanto a través de ellas el Estado define las condiciones bajo las cuales ha de emplear el más drástico mecanismo de intervención en la libertad y otros derechos fundamentales de las personas” (2011: 121).

como es que los frenos funcionen debidamente, especialmente porque este vehículo debía llevar varias toneladas de carga. En esas circunstancias, la conducta del chofer responde a la confianza de quien actúa en el supuesto que el vehículo se encuentra en condiciones de ser utilizado porque tanto el empresario o funcionario competente ordenó la reparación que el vehículo requería y los trabajadores del taller mecánico cumplieron tal encargo.

1.4 Ámbito de protección de la norma

En cuanto a la relación de riesgo que vincula la conducta que infringe el deber de cuidado y el resultado típico de lesiones y muerte, este criterio nos guía hacia las conductas de los funcionarios de la empresa de transportes y las del taller mecánico.

La norma de cuidado exige que las personas no coloquen en circulación vehículos con defectos técnicos que pongan en peligro bienes como la vida o la salud. Estamos ante un deber de evitación que no ha sido atendido. En esa línea de juicio de imputación la actividad probatoria debió centrarse en ratificar o descartar la falla mecánica. La velocidad del vehículo no es el factor de riesgo que configuró la infracción del deber. La velocidad es una consecuencia del desplazamiento de un vehículo cargado con 15 toneladas en un desplazamiento hacia abajo y ¡sin frenos!

Ahora bien, al no haberse actuado pruebas que nos orienten mejor para señalar a qué conductas se le atribuye estos resultados, ¿es posible afirmar que la muerte y las lesiones de las personas que se encontraban en la casa se explican por la conducción del señor Q? ¿Esta conducción advierte infracciones a las reglas técnicas? Si la respuesta fuera positiva, ¿a cuáles? ¿Al exceso de velocidad que aduce el atestado policial y no indica por qué los frenos dejaron de funcionar?; siguiendo la línea de incriminación ¿En qué vehículo, ante un aumento de velocidad, dejan de funcionar los frenos? ¿Es lanzarse del vehículo en movimiento, que se encontraba en descontrol, una infracción en términos concretos al deber de cuidado? ¿El señor Q estaba compelido por el Derecho Penal a sacrificar su vida por ser el conductor del volquete en descontrol? Estas son algunas de las preguntas que nos permiten aproximarnos a verificar una relación de riesgo que explique y haga suyo el resultado. Todas las respuestas a estas preguntas son insatisfactorias si es que no se mira más allá de la sola participación causal. En esa

línea, si el vehículo en cuestión no fue reparado y eso afectó el sistema de frenos, obtendríamos una explicación a partir de la norma de cuidado que exige no poner en riesgo la vida y/o la salud de las personas al colocar en la circulación vehículos defectuosos o en mal estado. Más aún si tales vehículos sirven para desarrollan una actividad riesgosa, no solo por las características del propio vehículo (requiere de una licencia “Clase A, Categoría tres profesional especial – C”), sino por la carga que transportan que constituyen varias toneladas adicionales a su propio peso.

¿Cómo queda, entonces, la situación jurídica concreta del señor Q? Lo que hasta aquí tenemos es una serie de indicadores que no convergen en el mismo sentido:

- El señor Q es el chofer y debe responder por el estado del vehículo. Sin embargo, la organización y planificación de sus comportamientos no le asignan el deber de mantener el vehículo en condiciones que sustituyan a la de los empleados de una factoría o taller mecánico.
- Conducía a excesiva velocidad pero, más allá que se trata de una afirmación sin prueba que la respalde, el exceso de velocidad no desactiva el funcionamiento de los frenos por lo que tal afirmación inculpativa no es de recibo.
- Arrojar el vehículo y dejar que este produzca las afectaciones a la vida y la salud de otros. Si el descontrol del vehículo se produjo porque los frenos dejaron de funcionar y a haberse malogrado la caja de cambios, pretender salvar su vida (además que no hay posición de garante por asunción) deviene en un acto razonable y acorde a las circunstancias concretas.
- Sólo resta imputarle el indicador de haber estado manejando un medio peligroso, para lo cual se requiere licencia profesional. En esa línea, manejar un vehículo pesado en estas condiciones específicas no supone una actuación bajo la figura de garante, se enmarca en la libertad de conducta (riesgo permitido) por lo que por este indicador no es posible derivar un injusto. El conductor cuenta con este tipo de licencia abona, aún más, en que se trata de un acto de libertad, protegida por la constitución.

En una oportunidad anterior planteamos que la *presunción de inocencia* constituía un derecho fundamental que debía ser incorporado en la actuación regular de los

operadores de justicia en su labor cotidiana. Esto porque, tratándose de un derecho que encuentra fundamento en la dignidad humana, debe efectivizarse a tenor de “mirar a una persona como inocente es una forma de creer y respetarla como ser humano que es” (Yon Ruesta 2005: 145). Completa la idea el tratamiento de algunos delitos como enriquecimiento ilícito o lavado de activos, por citar los más destacados, en los que es el propio imputado quien maneja, controla y tiene la facilidad de presentar pruebas que expliquen el origen de la acumulación patrimonial y/o la licitud de su procedencia. Estos casos de excepción pueden estar sujetos a lo que se denomina la carga probatoria dinámica², en donde el sujeto procesal que tiene a disposición la prueba y/o la facilidad para presentarla, se configura en el *onus probandi*. Un sector de la doctrina ha planteado que es necesario tomar en cuenta el rol del Ministerio Público³ como ente imparcial e impulsado por el principio de legalidad procesal como *onus probandi*⁴.

² La institución de las cargas probatorias dinámicas debe al profesor Jorge Peyrano un gran impulso recibido a mediados de la década de 1980, bajo dos criterios fundamentales. En primer lugar, se admite la inversión de la carga de la prueba al sujeto procesal que cuenta con la tecnología, infraestructura y mejor posibilidad para ofrecer la prueba. En segundo lugar, la apreciación de la conducta procesal respecto de quién es requerido a la presentación de determinada prueba y no lo hace, asumiéndose que la apreciación objetiva da cuenta de una obstrucción a la administración de justicia con consecuencias para quien incumple dicho requerimiento. Una discusión profusa se dio a inicios de la década de 1990 con ocasión de hurgar en las bondades de esta institución. Así, en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Termas de Río Hondo (Argentina) durante los días 19 al 22 de mayo de 1993 donde se declaró lo siguiente: “1.- La temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. 2.- Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio. 3.- Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. 4.- Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede *prima facie* entrañar algún riesgo para la garantía de defensa en juicio. Empero, tal aplicación quedaría cohonestada por constituir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben merituar los tribunales. Además, contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente, la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina” (Campos Murillo 2013)..

³ **Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957.**

Además, señalamos en aquella oportunidad, que este derecho fundamental determinaba exigencias para el operador judicial: el deber de dar contenido a las pruebas de cargo para lo cual debería efectuar una mínima actividad probatoria. A ello se sumaba la exigencia de que la sentencia debía estar debidamente motivada en función a hechos probados y a los mejores criterios de derecho que permitieran hablar de una sentencia justa.

Actualmente, Ureña Carazo, siguiendo la línea de Gregorio Peces Barba —y bajo el poder fundante de los valores libertad, seguridad jurídica, igualdad y solidaridad— impulsa los objetivos de limitar el poder y construir derechos subjetivos a favor de los individuos para diseñar un ordenamiento jurídico cohesionado y con coherencia a partir de los principios valores y reglas establecidos en la constitución. Ahí adquieren sentido material, bajo la concepción expansiva, los derechos fundamentales procesales. Estos derechos fundamentales deben guiar la actuación de los operadores de justicia, teniendo en cuenta que “los derechos *ex lege* podían ser entendidos como regla; los derechos *ex constitutione* han de ser entendidos como principios por su flexibilidad” (2014: 193).

En la línea de lo expuesto y, a tenor de lo señalado en el artículo 139 de nuestra Constitución —sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional— cuando se habla de debido proceso se debe exigir, entre otros derechos, el derecho a la verdad de

Artículo IV. Titular de la acción penal.

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

⁴ “La carga de la prueba es analizada dentro de un aspecto subjetivo o formal y desde un aspecto objetivo o material. Desde el primer punto de vista, se entiende por carga de la prueba como una regla de distribución de la carga de la prueba entre las partes, es decir, dilucida a quién corresponde suministrar la prueba. Desde el segundo punto de vista, se entiende por carga de la prueba el que el juez, en la sentencia, ante un supuesto de incertidumbre fáctica (falta o insuficiencia de prueba) debe pronunciarse de una determinada forma sobre el fondo de la cuestión.

En cuanto al proceso penal, apunta Gimeno Sendra, no existe carga de la prueba en sentido subjetivo o formal, desde que rige el principio de investigación oficial y no el dispositivo, así como porque el Fiscal – en cuanto órgano imparcial que actúa según el principio de legalidad – está obligado a pedir no sólo la condena del culpable sino la absolución del inocente; además, por imperio del principio de presunción de inocencia se produce, en primer lugar, una inversión o desplazamiento de carga de la prueba sobre las partes acusadoras; y, en segundo lugar, la actividad probatoria de las partes acusadoras – en nuestro sistema, del Fiscal – ha de ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sustentada en verdaderos actos de prueba” (San Martín 1999: 604-605).

los hechos⁵. Esto tiene una seria incidencia en la actividad probatoria que, precisamente, tiende a reconstruir los hechos.

Es la búsqueda de la verdad que “en el proceso, entonces, debe analizarse cuál es la función de esta verdad en el contexto jurídico, hasta el punto de considerarla como el criterio validador de la decisión judicial justa, en el sentido en que la verdad se constituye como un criterio válido para la correcta aplicación de la norma jurídica, adecuada al supuesto de hecho” (Ureña 2014: 237). Esto significa que la guía u orientación de la actuación de los operadores de justicia (fiscal, juez, y la propia defensa técnica) debe estar orientada a establecer una explicación racional del conflicto o controversia. De este modo en el caso bajo comentario, a nuestro entender, al no haberse agotado la investigación considerando otros elementos que inciden en la producción de resultado típico (actuación del órgano decisor en la empresa de transportes y de la factoría o taller donde se reparó el vehículo), no se ha podido reconstruir los hechos a plenitud.

Otro de los derechos que emergen a partir del principio *in dubio pro reo* es la presunción de inocencia recogido por el artículo 2 inciso 24, literal b) de nuestra Constitución. Esto significa, para los operadores de justicia, que la parte acusadora tiene la carga de la prueba⁶. La prueba debe actuarse en un juicio que no constituyan actos de

⁵ “Lo que, desde luego, nos compartimos es la posición de los que renuncian a poder alcanzar cualquier tipo de verdad en el Derecho, es lo que se conoce como *veriphobia* o cultura de la no verdad. Actitud que ha criticado reiteradamente Taruffo, quien defiende de forma contundente el valor de la verdad” (Ureña 2014: 232).

⁶ En nuestro país, el Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone lo siguiente sobre la carga de la prueba: “Artículo 14.- Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad”.

En el país de vecino de Colombia, el Código General del Proceso en su Artículo 167 recoge expresamente la carga probatoria dinámica en los siguientes términos: “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta

prueba los atestados ni demás actos de investigación de la policía judicial (lo que tendríamos que compatibilizar con nuestro sistema en virtud que los actos de investigación policial están, en teoría, direccionados por el Ministerio Público). Las pruebas obtenidas con afectación de los derechos fundamentales son nulas, ello de cara a la denominada prueba diabólica⁷ u obtenida sin las garantías procesales⁸, debiendo

decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. Por otro lado, en la exposición de motivos de este código se consigna: “El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho” (Donaires 2014: 10).

Asimismo, debemos tomar en cuenta que El desplazamiento de la carga probatoria incluye otras conocidas figuras, tales como presunciones legales, presunciones *hominis*, inversión legal o jurisprudencial del *onus probandi*, reducción de los estándares o módulos de prueba (Campos Murillo 2013).

⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 06135-2006-PA/TC, ha señalado que “En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de ‘prueba diabólica’, dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención”. Asimismo, la doctrina española ha señalado que “[t]radicionalmente se considera ‘diabólica’ a la prueba que es muy difícil o imposible y afecta principalmente a hechos negativos. Con esta denominación se intentan expresar las enormes dificultades de constatar a través de rasgos fácticos algo que no ha ocurrido nunca. A pesar de la falta de reconocimiento expreso, la tendencia jurisprudencial se decanta por invertir la carga de la prueba cuando ésta consiste en una ‘prueba diabólica’ [...]. Para hacer frente a la situación de desprotección que lleva consigo la ‘prueba diabólica’, se recurre a una peculiar inversión judicial de la carga de la prueba” (Selma Penalva 2007: 255-256).

⁸ **Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957.**

Título Preliminar

Artículo II. Presunción de inocencia:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

[...]

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

aceptarse en algunos casos, de manera excepcional, tomar en cuenta la carga probatoria dinámica. No obstante, en sede penal su aplicación aún guarda incidencia solo para determinados ilícitos y dependiendo del hecho ilícito concreto, que no es el caso de los delitos imprudentes⁹ en donde es el cuerpo técnico policial el que produce, a través del informe técnico policial, la prueba que supuestamente reproduce el hecho antijurídico y orienta la imputación penal). Asimismo, la sentencia condenatoria no puede basarse en declaraciones de coimputados, todo ello en la línea de un giro de considerar la valoración legal de la prueba y consagrarla como valorización en consciencia de la prueba, y “el tribunal tiene la obligación de razonar la prueba o de explicitar en la declaración de hechos probados en la sentencia el *iter* seguido de forma u obtener su convicción” (Ureña 2014: 251).

Por ello es posible hablar de una motivación de las sentencias que las califique de decisión judicial justa¹⁰.

A partir de lo expuesto, se colige que en este caso no se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia del señor Q, toda vez que no ha efectuado una actividad

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

⁹ Al respecto, también en el ámbito nacional, es necesario recoger los casos expuestos ante el Tribunal Constitucional, la Judicatura y el Código Procesal Civil, en donde las cargas probatorias dinámicas han sido recogidas de manera expresa. Así, en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional podemos verificarlo en las sentencias recaídas en los Exp. N° 1776-2004-AA/TC, 00053- 2004-PI/TC y 0041-2004-AI/TC. En el ámbito jurisdiccional, lo mismo ocurre con la casación número 1385-2004-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de mayo de 2005, referido a un proceso de nulidad de acto jurídico por la causal de simulación absoluta, la sentencia emitida el 20 de mayo de 1999 por la, en aquel entonces, Sala de Procesos Abreviados y De Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima y en el expediente 4116-98, también en un proceso de nulidad de acto jurídico por simulación. Finalmente, el artículo 282 del Código Procesal Civil señala “El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”. No hemos encontrado, en el ámbito de delitos viales imprudentes la aplicación de las cargas probatorias dinámicas y ello, entendemos porque corresponde a la policía la reproducción del hecho imprudente. Esto último previo al proceso penal y sino todas las veces, sin el control del Ministerio público.

¹⁰ Siguiendo a Asis Roig, Ureña explica que una sentencia justa refiere, en primer lugar, “a la motivación suficiente en el sentido de la existencia de un conjunto de elementos presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que esta sea considerada como válida. En segundo lugar, llama *completa* a la motivación judicial racionalmente correcta, esto es, al conjunto de elementos que necesariamente deben aparecer en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que esta pueda ser considerada como racionalmente correcta. En tercer lugar [...] el conjunto de elementos que deben estar presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial para que pueda ser considerada como éticamente correcta” (Ureña 2014: 258).

mínima probatoria tendiente a alcanzar la verdad de los hechos. Se ha visto obligada dicha resolución a completar la secuencia fáctica con supuestos o afirmaciones sin amparo factico o probatorio: se dice que iba a excesiva velocidad porque lo afirma la policía, pero esta nunca entrega una prueba técnica al respecto. A partir de ahí, se ha instaurado un proceso en el que, al amparo del principio precautorio, se ha concentrado la explicación del supuesto de hecho delictivo (homicidios imprudentes y lesiones imprudentes) en el señor Q, violentándose su derecho a exigir la verdad.

Todo ello ha traído como consecuencia que la sentencia en donde se consigna una condena a cinco años de pena privativa de la libertad no alcance una motivación racional que explique: a) en qué consistió la infracción al deber de cuidado (acciones de cautela no realizadas); b) la vulneración de regla técnica específica orientada hacia dicha infracción y: por supuesto, c) la explicación racional de cuál fue la infracción al deber de cuidado que contraviniendo la norma de tener cuidado en la conducción de un vehículo pesado que es puesto en circulación vial, dé cuenta de la producción de muertes y lesiones típicas. Todo ello nos permite afirmar que nos encontramos ante una sentencia injusta y una sanción penal ilegítima.

2. Caso N° 2: Caso del falso delito imprudente agravado (expediente N° 712-2014)

El 23 de marzo de 2013, alrededor de las 4:30 de la mañana, sucedió una serie de colisiones vehiculares en la Panamericana Sur a la altura de la avenida Primavera. Participaron 5 vehículos, entre los que se encuentra el vehículo conducido por el señor Luis Gustavo.

El vehículo A era conducido por el señor Luis Gustavo en el carril central de tres vías. Al perder el control temporalmente por haber estornudado, el conductor Luis Gustavo choca levemente al vehículo B, que iba delante. Por esa razón, B se desvía hacia la derecha donde impacta con el vehículo C.

El vehículo B, a causa del impacto con el vehículo C, sale desviado hacia el carril izquierdo contiguo, donde D, quien previamente se percató de la acción de A colisiona con el vehículo B. Ésta última colisión ocasiona que los vehículos B y D sobrepasen la berma central y terminen en la vía en sentido contrario. Los vehículos B y D son

impactados por el vehículo E, que se desplazaba en la vía en sentido contrario¹¹. Producto de esta colisión múltiple, el conductor del vehículo D resulta con lesiones que ameritaron 15 días de incapacidad.

En razón al orden secuencial del accidente, la Juez de Paz señaló increíblemente que, si bien 15 días de incapacidad se tipifican como faltas imprudentes, también es cierto que el certificado de alcoholemia arrojó 0.40 gr/l de alcohol y que dicha cantidad “es superior a 0.5 gr/l” señalados en la norma penal que tipifica como delito conducir un vehículo con una cantidad de gr/l superior.

Los actuados son derivados a la Fiscalía Provincial, que no solo califica el hecho como delito imprudente, sino que además considera que existe un delito de lesiones imprudentes agravado. Sometido a juicio, el señor Luis Gustavo, con un pedido de cinco años de pena privativa de la libertad por parte del Ministerio Público, es condenado por el Juzgado de Tránsito a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida.

En Alemania, la sentencia BVerfGE34,269 —princesa Soraya— resolución de la Sala Primera, del 14 de febrero de 1973 apuntó que la ley fundamental obliga al juez a buscar una interpretación de la ley más allá de los límites literales posibles en el que por cierto se pueden dar lagunas en el ordenamiento jurídico positivo del Estado. Esta es una alusión clara a la búsqueda de contenido del principio de la *plenitud hermenéutica* del orden jurídico, teniendo en consideración que si bien es deseable una exigencia indispensable de seguridad jurídica, en la práctica esta resulta inalcanzable. De allí que la producción jurisprudencial no se agote solo en conocer y decir las decisiones adoptadas previamente por el legislador, sino en traer los planteamientos valorativos del legislador que, estando en consonancias con el orden jurídico constitucional, no han sido plasmados, o han sido plasmados de manera imperfecta en el texto de la ley. Por ello, señala, es importante acudir a un *conocimiento valorativo* el que se complementa con elementos volitivos. Esta sentencia destaca, finalmente, que:

[E]l juez debe, por tanto, mantenerse alejado de la arbitrariedad: su decisión debe descansar sobre una argumentación racional. Debe demostrar en forma

¹¹ Las placas de estos cinco vehículos son, respectivamente: D4J-148, D3K-536, CS0-215, D2M-992 y D2M-992.

clara que —en el caso concreto— la norma escrita no cumple con su función de resolver un problema jurídico de manera justa. Así, la resolución judicial integra las lagunas del orden jurídico atendiendo a los criterios de la razón práctica y a los fundados criterios generales de justicia de la comunidad. (Schwabe 2009: 493).

Desde el ámbito de la *norma de conducta*, el juicio de imputación puede establecerse como se explica a continuación.

2.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante

La conducción nocturna de un vehículo en una vía rápida como la carretera Panamericana exige del conductor la atención y cuidado necesario, especialmente a la visibilidad y a la velocidad. La revisión técnica de los vehículos da cuenta de encontrarse en óptimas condiciones por lo que no se advierte ningún riesgo especial por este factor. Del mismo modo la iluminación nocturna era idónea y la circulación vial era fluida. Sin embargo, es de advertirse, tal como manifestó el agraviado, conductor del vehículo D que al momento de ser sobrepasado por el conductor imputado por la acción imprudente, Luis Gustavo (vehículo A), advirtió que éste excedía la velocidad reglamentaria, sin que este hecho pudiera verificarse pero resulta relevante para el juicio de imputación del agraviado D como exigencia de un deber de auto protección, toda vez que las circunstancias le dictaban la obligación de adoptar medidas de cuidado ante la advertencia de la producción de un riesgo.

De otro lado, el que Luis Gustavo se aproximara y colisionara con el vehículo B y fuera el factor causal del choque múltiple y, finalmente de las lesiones de D sólo es una lectura ontológica que no alcanza para imputarle el resultado. En dicha secuencia causal es necesario conocer si intervino otro riesgo penalmente relevante: allí es donde encontramos la actuación del conductor agraviado D quien al advertir el riesgo creado por A no adoptó medidas de cuidado como reducir la velocidad, utilizar el carril de la derecha, etc., también estaría creando un riesgo penalmente relevante y, en ese supuesto, contribuyendo decididamente, en la producción de sus lesiones.

En el análisis técnico policial tampoco se ha advertido ni menos analizado el factor velocidad de los otros vehículos intervinientes, sobre todo, el de los vehículos D¹² y E.

Se debe tomar en cuenta que no se ha determinado en qué momento y por qué acto específico se ha producido el resultado típico (lesiones). Este punto resulta gravitante para orientar a ubicar la acción riesgosa toda vez que se desconoce si dichas lesiones se produjeron con la colisión entre los vehículos D y B o, si fue producto de la colisión de los vehículos E con D y B.

2.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta del imputado

El conductor Luis Gustavo había trabajado en turno noche y antes había estado libando licor con ocasión de ver un partido de futbol. El análisis de alcoholemia arrojó 0.40 gr./lt por lo que se encontraba dentro del rango de lo permitido (menos de 0.5 gr./lt). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el alcohol como el trabajo nocturno contribuyeron con un eventual estado de fatiga tampoco advertido. Manejar en este estado representa la creación de un riesgo penalmente relevante, más aún si tomamos en cuenta que dicha fatiga más el estornudo no le permitieron mantener la distancia con el vehículo B, desencadenando los choques múltiples. En este sentido, al señalarse en las conclusiones policiales que él es el único responsable por haber iniciado la producción de los choques podemos afirmar categóricamente que los hechos se encuentran incompletos pues se está reduciendo los factores generadores de riesgo al primero sin conocer si es el único, tal como concluyó la policía.

Por lo demás, se trata de un chofer con licencia de conducir particular, con tres años de experiencia, sin antecedentes ni atribución de infracciones a las reglas de tránsito. Su labor es la de supervisor nocturno en una fábrica de implementos para la minería en una empresa familiar.

¹² La doctrina es concluyente al señalar que si la víctima no realiza actos propios de autoprotección, puede perder respaldo del derecho penal. Así “[f]ormulándolo de manera más precisa: [...] cuando el daño social sólo puede producirse a través de un comportamiento de la propia víctima, renunciando a sus propios intereses, es la víctima quien debe ser primariamente disuadida de su comportamiento retirándole la protección del Derecho penal en caso ella niegue sus propios intereses” (Shünemann 2010: 80).

Desde el ámbito de la *norma de sanción*, el juicio puede ser delineado de la siguiente manera.

2.3 Principio de confianza

El principio de confianza, como marco general de la distribución de roles y competencias de manera general, exige el análisis de todos los factores intervinientes en un evento con relevancia penal (en el presente caso lesiones en el conductor D que alcanzaron 15 días de incapacidad). En esa línea, como ya se ha adelantado, resulta imprescindible conocer a qué factor o factores (si se trata de concurrencia de riesgos) se puede imputar el resultado típico. Que se trate de una falta, tramitada procesalmente como un delito se consigna como dato adicional en el análisis de vulneración de derechos. Por ello, al analizar los factores intervinientes en el evento, Cancio Meliá afirma, siguiendo la palabras de Stratenweth que “[p]or regla general no ha de responderse por faltas de cuidado ajenas sino se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado”. Frente a esto, el propio Cancio Meliá precisa que “el destinatario de esa confianza puede ser también la víctima. En efecto, también en este ámbito puede haber casos en el que el tercero en principio es garante de la situación por él creada y, sin embargo, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso. Este permiso no queda limitado al ámbito del tráfico rodado –en el que surgió originariamente” (1998: 322).

Reducir la esfera de análisis a la conducta del conductor A porque fue quien inició el choque múltiple es contar los hechos a medias, sólo una parte. Impide analizar si es que nos encontramos ante una interrupción del nexo de imputación ya que, como ha advertido Mir Puig, “aunque subsista una conducta excesivamente peligrosa inicial por parte del autor, la introducción de un nuevo riesgo por parte de la víctima pueda hacer que el resultado final no aparezca ya como realización del primer riesgo y deba excluirse la imputación objetiva” (citado por Cancio Meliá 1998: 331)¹³. También

¹³ Al respecto, la profesora Tatjana Hörnle ha señalado “Cancio Meliá ha propuesto considerar el comportamiento de la víctima en la imputación objetiva del resultado. El perjuicio originado se atribuiría al ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico cuando, si bien un tercero daña ese bien, lo hace manteniéndose en el marco conjuntamente organizado por el autor y la víctima (y él ni ha instrumentalizado a la víctima ni ha lesionado un deber especial de protección). Bajo estas circunstancias la competente libertad de organización del titular del bien jurídico fundamentaría su competencia prioritaria sobre el destino de sus bienes. Lo decisivo sería la valoración normativa de los

puede tratarse de una confluencia de riesgos, a tenor de que subsista una “conexión suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima y, a pesar de ello, parece ya a primera vista que debe tenerse en cuenta de algún modo el comportamiento de esta, pues resulta evidente que la producción del resultado está relacionada con la conducta de la víctima” (Cancio Meliá 1998: 343). Estos últimos supuestos pueden dar pie a una autoría accesoria entre ambos

2.4. **Ámbito de protección de la norma**

Desde el plano de la injerencia, no advertimos que la conducta de Luis Gustavo genere un deber de garante hacia la víctima que conducía el vehículo D.

Resulta claro que la conducta de Luis Gustavo ha generado un riesgo penalmente relevante y que éste se ha traducido en la colisión de los vehículos B y C. Sin embargo, *no queda claro* (no hay hechos que lo confirmen o descarten) que la colisión entre los vehículos D y B responda al ámbito de protección de la norma de cuidado contravenido por Luis Gustavo: conducción temeraria, aproximación indebida de su vehículo al vehículo B, manejar con evidente agotamiento producido por la ingesta de alcohol y trabajo nocturno. Ello porque la actuación del conductor del vehículo D parece haber desatendido la norma de cuidado al mantener la misma velocidad pese a advertir el peligro (cuando el vehículo A lo sobrepasó) y, pese a ello, no adoptar medidas de cuidado (reducción de la velocidad, cambio de carril, advertencia con luces, etc.). Por ello, se estaría dejando de analizar si es que existió una interrupción del nexo de imputación o de una concurrencia de riesgos. Más aún, cuando ni siquiera se ha analizado la participación del conductor del vehículo E: condiciones en las que conducía, condiciones personales, velocidad a la que conducía, medidas de cuidado en una vía de alta velocidad, etc.

A partir de lo expuesto, es necesario destacar varios hechos que vulneran derechos recogidos en la Constitución. El primero es ser procesado o sometido a un proceso

ámbitos de responsabilidad, no la ampliación fenomenológica de la actuación del autor y de la víctima e incluso llega a proponer una cláusula en la parte general en los términos siguientes “Si la víctima del hecho ha renunciado a la autoprotección que le era posible y de esta manera ha contribuido al resultado típico, el juez puede prescindir del castigo o rebajar la pena” (Hörnle 2012: 93-93).

diferente al que le corresponde¹⁴ ya que, tratándose de faltas, estas debieron ser vistas por un juez de paz, sin intervención del Ministerio Público. Por el contrario, estos hechos que alcanzaron lesiones de hasta 15 días de incapacidad fueron juzgadas no solamente como un delito, sino como un delito cualificado, agravado (artículo 124, párrafo *in fine*). El segundo hecho a destacar es que no se ha llegado a determinar en qué momento y bajo qué riesgo específico se han producido las lesiones típicas. En efecto, los hechos juzgados por el subsistema de fiscalía y juzgado especializado en tránsito no precisan si las lesiones se produjeron por la colisión del vehículo D con el vehículo B, o cuando ambos fueron colisionados, estando en la vía contraria, por el vehículo E. El tercer hecho es que no existe descripción de las conductas, ajustada a derecho, en la actuación de los conductores D y E, con lo que es válido afirmar que los hechos hasta donde fueron descritos, dan cuenta de estar incompletos. Por último, se da cuenta de la actuación de los operadores de justicia: la juez de paz que consideró en su resolución de remisión al Ministerio Público nos encontrábamos frente a un delito de peligro abstracto de conducción en estado de ebriedad al existir 0.40 gr/lit cuando consideró que este era mayor que el límite de 0.5 gr/lit. Esta ignorancia fue repetida y sobredimensionada por el fiscal que formalizó la denuncia penal por un delito de lesión agravada, por el juez que dio inicio a la instrucción, por el fiscal que formuló la acusación y pidió 5 años de pena privativa de la libertad así como por el juez que condenó a Luis Gustavo a 4 años de pena privativa de la libertad¹⁵.

Queda claro que no existe un ámbito de protección de la norma que obligue a Luis Gustavo a asumir los deberes de cuidado que debieron desplegar, eventualmente, el agraviado D y/o el conductor E.

¹⁴ César Landa, al analizar el fundamento de la tutela procesal efectiva (artículo 139.3 de la Constitución), menciona: “en cuanto al contenido de este derecho fundamental, cabe señalar que es amplio. La tutela procesal efectiva es un derecho complejo o derecho continente, pues engloba, a su vez, una serie de derechos. No solo se refiere a que en el proceso penal se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en derecho, a acceder a los medio impugnatorios, etcétera.” (2016: 184).

¹⁵ Lopera Mesa, aludiendo a la sentencia C-575/2009 de la Corte Constitucional Colombiana que recoge que la injerencia del derecho penal se circunscribe a: “[I]a remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes trasgresores de la vida en comunidad” (2011: 125).

De acuerdo a lo expuesto, el que no se describan todos los hechos podría ser atentatorio contra el principio de legalidad establecido en el artículo 2, inciso 24 literal d) de la Constitución, que exige que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”. Esta exigencia encuentra sentido en que el operador de justicia, en este caso la policía debidamente monitoreada por el Ministerio Público, al controlar la producción de la prueba de alcoholemia y prueba pericial técnica de reproducción de los choques, efectúa luego efectúa un análisis de participación causal que divide en factor determinante y factor contributivo. Además, es la primera autoridad que concurre al evento y que procede, además de recoger las pruebas, a recabar las manifestaciones de los participantes. Entendemos que todo esto es para proporcionar al Ministerio Público y, eventualmente al juez, la reproducción de los hechos completos. En esa lógica, el principio de legalidad emerge como un límite ante eventuales presunciones, prejuicios y conjeturas, que pretendan sustituir los hechos que, además deben alcanzar la relevancia de punibles. Ello, a nuestro entender exige recurrir a instrumentos del derecho penal que agoten el análisis de todos los factores intervinientes en un determinado suceso. Estos instrumentos, a nuestro criterio, están congregados en lo que la doctrina ha denominado imputación objetiva, y junto con ellos, el principio de confianza.

No hacer la descripción de todos los hechos penalmente relevantes conlleva a la afectación del principio de legalidad. Este, a decir de Ureña Carazo se condice con un debido proceso, en tanto se alcance una sentencia justa, orientada al derecho a la verdad, entendido como “el derecho de las partes a conocer la verdad de los hechos en el proceso y el deber correlativo del juez de dirigir el proceso hacia la averiguación de la verdad” (Ureña 2014: 232, 257).

Siguiendo a Ureña Carazo —quien como ya mencionamos se sustenta en la concepción expansiva de los derechos fundamentales en relación al debido proceso desarrollado por el profesor Peces-Barba— encontramos que la vulneración al principio de legalidad conlleva a la afectación, en el marco del debido proceso, del derecho de defensa (artículo 139° numeral 14 de nuestra Constitución). Nos referimos, en concreto, al

derecho a la imputación necesaria que el profesor Maier ha resaltado de la siguiente forma:

[P]ara que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. (2002: 553)

Ahora bien, otra vulneración al debido proceso resulta la establecida en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, que proscribiera desviar de la jurisdicción determinada por la ley, ni someter a procedimiento distinto de los previamente establecidos.

La concepción de los bienes jurídicos ha permitido a quienes la siguen clasificar los delitos según su mayor o menor afectación. En esa línea, una acción de menor desvalor, la constituirá el delito de peligro abstracto del delito de lesión ya que en este último se efectiviza la afectación al referido bien jurídico. Que los operadores de justicia hayan convertido un hecho calificado como falta en un delito de conducción bajo los efectos del alcohol (delito de peligro abstracto) para luego transformarlo en un delito de lesión (lesiones imprudentes agravadas) afecta de manera conjunta el principio de legalidad (tipicidad), el principio de responsabilidad por el hecho (culpabilidad) y el debido proceso.

El que no se haya determinado el momento y las circunstancias de la generación del riesgo al que le es atribuible el resultado típico atenta claramente contra del derecho constitucional de presunción de inocencia (artículo 2, inciso 24, literal e de la Constitución). Encontramos que el dispositivo constitucional que señala que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” no se encuentra satisfecho porque exista una sentencia judicial que haya condenado a Luis Gustavo, conductor del vehículo A, a la pena de 4 años. Por el contrario, encontramos que esta sentencia es la prueba fehaciente de un conjunto de

afectaciones a derechos constitucionales que la deslegitiman y abren la vía a un proceso de garantías constitucionales.

3. Caso N° 3: Admisión de culpabilidad sin culpabilidad (ingreso N° 164-2014)

El 4 de diciembre de 2013 a las 7:30 de la mañana, la señora Diana Karina cruzó la calzada hasta el separador central de la Avenida Túpac Amaru, momento en el que se percató que su hijo Junior no había cruzado junto a ella y *el semáforo había cambiado ya a verde*. Hizo gestos indicando al niño que no cruzara por cuenta propia, pero este hizo caso omiso y continuó caminando hacia su madre.

Aquí aparece A en su camioneta por el carril central y *termina impactando al menor con el espejo lateral izquierdo pese a haber realizado maniobras evasivas*, golpe que hace que el menor sea impulsado por los aires. Al mismo tiempo, un segundo conductor, el ciudadano argentino recientemente llegado al país, el señor Ismael (B), hace una maniobra evasiva hacia la izquierda para situarse al costado próximo del vehículo que acababa de atropellar al menor, al instante que ve que el cuerpo del menor cae debajo del parachoques delantero, resultándole inevitable atropellar al menor a pesar de haber accionado los frenos de su vehículo.

Los dos conductores A y B fueron conducidos en calidad de detenidos, imputándoseles el delito de homicidio imprudente, siendo el caso que, durante las horas de detención, el Ministerio Público formalizó la denuncia penal imputando delito imprudente a ambos conductores. El caso fue derivado al juez penal, el cual señaló que la fiscalía denunciante no era la competente porque ya estaba bajo competencia de la fiscalía especializada en delitos de tránsito. Esta fiscalía señaló que, tratándose de un delito imprudente, procedía la aplicación del principio de oportunidad (aceptación de responsabilidad penal y acuerdo reparatorio), a lo que el ciudadano argentino mostró su aceptación, archivándose el caso.

Desde el ámbito de la *norma de conducta*, el juicio de imputación puede establecerse como se explica a continuación.

3.1 Riesgo permitido y creación de riesgo penalmente relevante

La circulación vial configura un riesgo permitido en el marco del desarrollo de las actividades sociales que conlleva, por lo general, un sistema de regulación específico. La circulación vial se encuentra íntimamente vinculada a la de los peatones, de ahí que los semáforos regulen la conducción de los vehículos pero también la circulación peatonal. Para los vehículos motorizados está prohibido circular por las veredas, así como para los peatones está prohibido circular por cualquier parte de las pistas o carreteras que no sea los cruces y puentes peatonales.

En el presente caso, no cabe duda que existe el deber de garante de parte de la señora Diana Karina respecto de su menor hijo Junior¹⁶. Hasta donde se ha podido advertir de la descripción de los hechos, esta señora perdió el control y seguimiento de su menor hijo, de modo que terminaron distanciados al borde de una pista (Avenida Túpac Amaru). En ese sentido, la señora Diana Karina, al momento de cruzar la calzada, debió adoptar las medidas de cuidado no solamente para ella, sino también para su menor hijo, asegurándose que éste pudiera superar sin problemas los riesgos propios de la circulación vial. Pero su actuación da cuenta, por el contrario, que no adoptó las medidas necesarias conducentes a asegurar que su menor hijo cruce la vía sin peligro para su salud o su vida.

Ahora bien, se desconoce las razones por las que el conductor A no se percatara de la presencia del menor al borde del cruce peatonal intentando cruzar y/o de la madre al otro lado haciendo señas al menor para que no ingrese a la pista. Los datos específicos al respecto podrían dar cuenta de si el conductor A generó también un riesgo penalmente relevante.

Por otro lado, no notamos la concurrencia de un riesgo generado por el conductor B. Hemos señalado anteriormente que la sola conducción vehicular no representa un riesgo penalmente relevante, pues se enmarca en lo socialmente permitido. Para el operador de

¹⁶ El Reglamento de Tránsito dispone, en su artículo 80, que un menor circule bajo la tutela o conducción de un adulto: “Tránsito de peatones que no se encuentran en completo uso de sus facultades. Los ancianos, niños, personas discapacitadas y en general, los peatones que no se encuentren en el completo uso de sus facultades físicas o mentales, deben ser conducidos por personas aptas para cruzar las vías públicas”.

justicia, además, se establece una vinculación entre su actuación y la Constitución¹⁷ de cara a su legitimidad¹⁸.

3.2 Condiciones y capacidades expresadas en la conducta de los distintos involucrados

En lo que respecta al conductor A, el examen de alcoholemia dio cuenta de que no había alcohol en su sangre. Del relato de su primera manifestación y por tratarse de las primeras horas de la mañana no hay indicio alguno de agotamiento o perturbación en su salud. Además, contaba con licencia de conducir y varios años de experiencia en la conducción de vehículos. Tampoco se da cuenta de la existencia de infracciones a las reglas de tránsito o de sanciones pecuniarias por este motivo. Asimismo, el vehículo que conducía aparece en óptimas condiciones técnico-mecánicas para ser usado.

En cuanto al conductor B, se trata de un ciudadano argentino recientemente llegado al país en el que no había estado con anterioridad. Una semana después de haber arribado, la compañía que lo trajo le cedió para su uso un vehículo en perfectas condiciones mecánicas para su uso. No se advierte que su condición de extranjero recientemente llegado al país sea un factor interviniente en el análisis de las lesiones y muerte del menor Junior. El conductor B contaba con licencia de conducir de su país, pero que lo habilita a conducir en el territorio nacional.

En cuanto a la señora Diana Karina, por lo manifestado en su declaración, se trata de una persona de pocos recursos económicos, pero sin ningún déficit cognitivo que le impida percibir las reglas de circulación y el peligro que corriera su hijo al distanciarse de ella al momento de cruzar la calzada.

¹⁷ Según el profesor Landa, esta observancia a la Constitución se da por “principio de independencia judicial —Art. 139.2 de la Constitución— y de fuerza normativa de la Constitución, es decir, que la actuación de los jueces no solo tienen que ser legales, sino que, especialmente, en lo que se refiere a sus facultades —dictar sentencia, medidas cautelares, etc. —, constitucionales, esto es, observando los principios y valores superiores que la Constitución reconoce, así como el respeto de los derechos fundamentales. Ello, por cuanto los jueces, como es obvio, también están sometidos a la Constitución” (2016: 188).

¹⁸ El juez está vinculado a una legitimidad indirecta en la línea de afirmar, según el profesor Landa, que “si bien la legitimidad de los jueces en nuestro ordenamiento no proviene de un sufragio universal o de una elección popular, sí cabe afirmar que es una legitimidad indirecta, es decir, de su vinculación a la Constitución, que es una norma jurídico-política”. Concluye que esta legitimidad que ostenta el Poder Judicial proviene de la Constitución, que le reconoce la potestad de administrar justicia penal (2016:187).

Desde el ámbito de la *norma de sanción*, el juicio puede establecerse como se explica a continuación.

3.3 Principio de confianza

El cruce peatonal de la calzada está regulado por las luces del semáforo. El rol del peatón es desplazarse en momentos en los que los vehículos se encuentran detenidos por la luz roja. Este cruce de la calzada implica ya la adopción de ciertas medidas de cuidado ante la eventualidad de vehículos que no respetan la luz roja del semáforo, o se encuentran habilitados para desatenderlas (vehículos de emergencia: ambulancias, bomberos, policía, etc.). Si es que uno se desplaza con un menor, el rol de desplazamiento le exige al peatón adoptar medidas de cuidado para que este cruce la calzada conjuntamente con el adulto.

De otro lado, los vehículos que se encuentran con el cambio de luz de rojo a verde deben de adoptar las medidas de cuidado para percatarse de la presencia intempestiva de personas inimputables (incapaces, niños, ancianos, personas con discapacidad, etc.). En esa línea faltan datos empíricos que den cuenta si el conductor A adoptó medidas de cuidado ante el cambio de luz del semáforo, si no se percató del ingreso a la pista del menor debido a la presencia de un vehículo que obstaculizaba su visión, etc., siendo en este extremo los hechos incompletos.

En cuanto al conductor B, el giro evasivo que realizó ante la detención imprevista del vehículo que iba delante, conducido por A, se trata de una maniobra evasiva de colisión que no representa un riesgo penalmente relevante. El reproche que se asienta en que no haya adoptado acciones para evitar que el menor caiga al piso y, aunque frenara, este terminara debajo de su vehículo, no le pueden ser exigidas porque tales acciones de evitación no existen.

3.4 Ámbito de protección de la norma (Reglamento de Tránsito)

Consignados los hechos, consideramos que la norma de cuidado no puede exigir comportamientos imposibles: evitar la caída del menor; aunque realizara actos de

frenado no hubiera podido evitar que por la inercia el vehículo siga desplazándose, etc. En tal sentido, la actuación del conductor B puede circunscribirse válidamente en el ámbito de la libertad de acción y de los que constituye el riesgo residual, su conducta es atípica.

En cuanto al conductor A hacen falta mayores datos fácticos para conocer si es que realizó una acción constitutiva de un riesgo penalmente relevante que abra el escenario de riesgos concurrentes.

En cuanto a la señora Diana Karina, al no adoptar las acciones de cuidado mínimas para que su menor hijo cruce la calzada de manera segura en relación a las circunstancias de la luz roja (para los vehículos) perdiendo el control del cuidado del menor, ha generado un riesgo penalmente relevante que no ha sido anotado ni destacado por la policía ni por el Ministerio Público.

Ahora bien, debemos destacar que —más allá de la ignorancia de los operadores de justicia al momento del recojo de la información fáctica, limitándose a ciertos hechos para efectuar una presunción de culpabilidad— la detención por 24 horas a la que fue sometido el conductor B, afectando su derecho fundamental a la libertad individual¹⁹, resulta ilegítima. Luego, encontramos que la situación de ignorancia antes acotada ha propiciado la arbitrariedad de que mediante documento público el ciudadano argentino (conductor B) reconozca su culpabilidad en el acta de principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. Esto motiva que la actuación de la señora Diana Karina quede impune.

Estimamos que la reproducción fáctica incompleta contraviene el principio de legalidad, que como ya se ha mencionado exige que los hechos tengan relevancia penal y puedan

¹⁹ Señala César Landa que “[c]on relación a los derechos fundamentales, conviene recordar que estos cuentan con (i) eficacia vertical, entendida como la exigibilidad y oponibilidad de ellos hacia el Estado; así como con (ii) eficacia horizontal, pues los derechos fundamentales se irradian a la sociedad en su totalidad, y es posible exigir su respeto y defensa no solo al Estado, sino también a los [...] Los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico. En tal sentido, no son derechos absolutos, sino más bien, relativos y, como tales, pueden ser restringidos. Pero las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cualquier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encarga a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el ordenamiento jurídico” (2016: 188). Esto último, en clara alusión a la Constitución y a las leyes pertinentes.

ser calificados de manera “expresa e inequívoca” como infracción punible, situación que en este caso se ha desatendido.

Respecto de la detención por 24 horas²⁰ a la que fuera sometido el ciudadano argentino (conductor B) no encuentra asidero legal alguno, menos como medida provisional de cara a la investigación de los hechos. Pareciera que la alegación para su detención fue ubicada en la muerte del menor sin siquiera establecer preliminarmente una relación jurídica que justifique tal medida. Únicamente se apreció que físicamente u ontológicamente habían tenido participación en el evento (estuvo ahí). No encontramos de recibo a que se justifique dicha detención (en los calabozos del Ministerio Público) a lo establecido en el artículo 2, inciso 24, literal f de nuestra Constitución que prescribe: “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. Y, en definitiva, no es suficiente, para privar de un derecho fundamental como la libertad a una persona el acaecimiento temporal próximo de un evento muerte. La intensidad de la medida, detención preventiva de 24 horas deviene en desproporcional, inadecuada e inconducente para los fines de la investigación. Sin embargo, es de advertirse que existe la creencia errónea, tanto de autoridades como de la población, de que un ciudadano puede ser detenido hasta por 24 horas sin motivo o justificación alguna, lo cual desnaturaliza el contenido material del principio de libertad individual. En esa línea, frente a un criterio de ponderación entre los principios generales de la libertad individual y persecución del delito, para el caso concreto, encontramos que tiene mayor peso el primero respecto del segundo.²¹

²⁰ La resolución de la Segunda Sala, del 15 de mayo de 2002-2BvR2292/00- del Tribunal Federal alemán señala que “el artículo 2, párrafo 2, frase 2 de la ley fundamental califica a la libertad de la persona como inviolable [...] este derecho protege en forma efectiva la libertad del movimiento físico dentro del marco del orden jurídico general vigente frente a injerencias de carácter estatal, es decir, protege al individuo frente a un arresto, una detención y otras medidas similares que implican coacción directa [...] restricciones a la libertad —es decir, injerencias en la libertad física de movimiento— requieren de un fundamento jurídico material. El contenido y los alcances de las formalidades exigidas por una ley que restrinja la libertad deben ser interpretados por los tribunales en forma tal que permitan que los efectos de la misma se desarrollen en concordancia con la importancia y el significado del derecho fundamental” (Schwabe 2009: 561-562).

²¹ Un caso interesante de ponderación de este tipo se encuentra en la sentencia sobre la ley de seguridad aérea del 15 de febrero de 2006 del tribunal alemán (BVerfGE115,118), en la cual se pondera entre la vida de la población civil y la vida de los terroristas en el caso de secuestro de aeronaves (Aláez Corral y Álvarez Álvarez 2008: 90). Puede leerse la sentencia completa en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215_1bvr035705en.html.

Es imprescindible que la autoridad distinga entre una participación dolosa o imprudente de una simple participación causal con la simple distinción entre comportamientos evitables de comportamientos inevitables.

En cuanto a que el conductor B haya suscrito un documento público en el que reconoce su culpabilidad, no exonera a las autoridades de haberlo sometido a un acto arbitrario. Este reconocimiento de culpabilidad solo obedece a la necesidad de alcanzar su libertad y de evitarse un proceso penal en un país que visita por primera vez.

La conjugación de la deficiente calificación de los hechos (que además se encuentran incompletos respecto del conductor A y de la señora Diana Karina) y la arbitrariedad en la actuación del Ministerio Público, dan cuenta de la vulneración de la presunción de inocencia²². En efecto, la mera presencia del conductor B le resultó suficiente al Ministerio Público para atribuirle la muerte de Junior e imputarle un homicidio imprudente, con lo que se contravino este derecho constitucional. Más aún debido a que se desconoce si el menor falleció con el primer impacto del vehículo conducido por A.

El colofón de este caso no puede ser otro que, al encontrarse los hechos incompletos y no existir una descripción fáctica con relevancia penal que permita atribuirle un cargo al conductor B, debió operar el principio de presunción de inocencia, con lo que esta respuesta no se condice con el documento de reconocimiento de culpabilidad suscrito por dicho conductor.

En los tres casos analizados no se efectúa, siquiera, una versión débil del principio de proporcionalidad, menos del juicio de idoneidad ni del de proporcionalidad en sentido estricto. De ahí que, análogamente, sea necesario construir un modelo, en los términos de Bayón, de constitucionalismo fuerte en la línea de establecer mecanismos de rigidez y control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de la actuación de los operadores de justicia. Por el contrario, debe rechazarse un modelo de

²² “El fundamento de este principio es el *in dubio pro homine*, el mismo que está relacionado en tanto se reconoce que la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo primero de la Constitución, y que constituye la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico. Como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal del moderno Estado Constitucional Democrático, porque de él se derivan no solo límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones para el juez” (Landa 2016: 185).

constitucionalismo débil que reserve la última palabra al congreso y, en su caso, a los operadores de justicia, sin implementarse un mecanismo de control constitucional que inserte su actuación y producción en un sistema de justicia constitucional (Lopera Mesa 2011: 129).



Conclusiones

- 1) El refugio de los operadores de justicia en el denominado principio precautorio viene generando problemas de afectación a derechos fundamentales como los de presunción de inocencia, legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.
- 2) Una incorporación de los derechos fundamentales-procesales en el proceso penal —desde la primera intervención de los operadores de justicia— permite auscultar si la restricción a la libertad de acción se verifica como legítima.
- 3) El que los operadores de justicia no tengan en cuenta si sus actuaciones, paso a paso en la investigación de causas penales, se encuentran legitimadas en función a verificar la idoneidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad de los actos que implican restricción a la libertad de conducta, puede derivar, como en los tres casos que han sido examinados, en procesos arbitrarios y resoluciones injustas.
- 4) La presunción de inocencia se materializa a lo largo del proceso penal y actúa como criterio de interpretación. Por ello —de encontrarse incompletos los hechos y no siendo posible formular una imputación que radique en una conducta descrita de manera clara, precisa y enmarcada en un tiempo y lugar— el operador se encuentra obligado a completar los hechos y, en caso contrario, a desestimar los cargos por la exigencia constitucional de legalidad e *in dubio pro reo*.

- 5) Los criterios de imputación objetiva, aplicados con el principio de confianza, tienen una capacidad de rendimiento óptima para calificar si el participante en un evento vial creó, desde un análisis *ex ante*, un riesgo penalmente relevante —de cara al riesgo genérico o al riesgo específico—, si dicho riesgo alcanzó la dimensión de contravenir la norma de cuidado y/o si el resultado típico respondió al riesgo creado. En una verificación *ex post* se podrá conocer si existió un curso causal extraordinario que disminuya o exima de responsabilidad al creador del riesgo inicial.
- 6) La problemática de los delitos imprudentes en el tráfico vial requiere del concurso no solo de los operadores de justicia, sino también de otros como el gobierno central y municipal para que alienten el conocimiento y la cultura por parte de los ciudadanos en relación a los riesgos para los derechos fundamentales como la vida y la salud. Este conocimiento y cultura debe extenderse a los derechos fundamentales del conductor que también se encuentran en juego. Acoger los criterios de imputación objetiva y el principio de confianza como parte del ordenamiento vial puede ayudar a que los operadores de justicia desestimen apoyarse en el principio precautorio. Todo este proceso cultural debe incorporar el examen constitucional de las injerencias que ocurren en el ámbito de la libertad de conducta del ciudadano, con ocasión de la investigación del delito y la formulación de cargos, acusación y sentencia, esto es, durante toda la realización del proceso penal con garantías (presunción de inocencia).

Bibliografía

- ALÁEZ CORRAL, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ
2008 *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLAMO, Mercedes Alonso
2014 *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos: estudios*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel
1996 *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León.
- AMBOS, Kai
2010 *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: Palestra Editores.
- ATIENZA, Manuel
2013 *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos perdidos.
- 2009 *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- BACIGALUPO, Enrique
2004 *Derecho Penal: Parte General*. Lima: ARA Editores.

BENDA, Ernesto y otros

1996 *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros

1999 *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Segunda edición. Barcelona: Praxis.

BERNAL PULIDO, Carlos

2005 *El Derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BURKARDT, Björn, Klaus GÜNTHER y Günther JAKOBS

2007 *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán HORMAZABAL MALARES

1999 *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II: “Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito”. Madrid: Editorial Trotta.

1997 *Lecciones de Derecho Penal*. Vol I: “Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena”. Madrid: Editorial Trotta.

CAMPOS MURILLO, Eduardo

2013 “Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano: apuntes iniciales”. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, año 6-7, números 8 y 9, pp. 201-214. Consulta: 16 de marzo de 2016.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8/11.+Campos+Murillo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8>.

CANCIO MELIÁ, Manuel

1998 *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A.

CARBONEL, Juan Carlos

1996 *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARNELUTTI, Francesco

1952 *Teoría general del delito*. Tr. W. Roces. Zaragoza Talleres Editoriales Cometa.

CAROFIGLIO, Gianrico

2007 *El Arte de la duda*. Traducción de Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons.

CEREZO MIR, José

1998 *Curso de Derecho Penal español: parte general*. Madrid: Editorial Tecnos.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

2008 *El Delito Imprudente: criterios de imputación del resultado*. Segunda edición. Montevideo / Buenos Aires: Editorial B de f.

CHOCLÁN, Jose Antonio y Ángel CALDERÓN

2005 *Código Penal Comentado*. Barcelona: Editorial Deusto.

DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro

2014 “Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. *Derecho y cambio social*. Lima, número 35, 26 pp. Consulta: 16 de marzo de 2016.

[http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/APLICACION JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/APLICACION_JURISPRUDENCIAL_DE_LA_DOCTRINA_DE_LAS_CARGAS_PROBATORIAS_DINAMICAS.pdf)

DONINI, Massimo

2010 *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: Ara Editores.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo

2011 “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”. *InDret: revista para el análisis del Derecho*. Número 2, Barcelona.

2003 *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia.

FELIP I SABORIT, David

2006 “El homicidio y sus formas”. En: CASTEÑEIRA PALOU, María Teresa (coord). *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*. Barcelona: Editorial Atelier, pp. 25-46.

FERRAJOLI, Luigi

2002 *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tercera edición. Madrid: Editorial Trotta.

1995 *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta.

FRISCH, Wolfgang

2004 *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons.

FRISCH, Wolfgang y Ricardo ROBLES PLANAS

2004 *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: Editorial Atelier.

GARCÍA TOMA, Víctor

2013 *Derechos Fundamentales*. Segunda edición. Lima: ADRUS.

GUTIÉRREZ, WALTER (ed.)

2005a *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*” Tomo I.

Lima:

Gaceta Jurídica.

2005b *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*” Tomo II.

Lima:

Gaceta Jurídica.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio

2005 *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons.

HÄBERLE, Peter

2000 “El Estado Constitucional Europeo”. *Cuestiones Constitucionales*. México, número 2, enero-junio de 2000. Consulta: 20 de octubre de 2015.

<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5581/7246>

HEFENDEHL, ROLAND (coord)

2007 *La Teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales.

HORN, Hans-Rudolf

2004 “Generaciones de derechos fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo: contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo”. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. Número 8, pp. 251-288.

HÖRNLE, Tatjana

2012 “Subsidiariedad como principio limitador: autoprotección”. En: VON HIRSCH, Andrew y otros. *Límites al Derecho penal, principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 87-100.

HRUSCHKA, Joachim

2009 *Imputación y Derecho Penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo / Buenos Aires: Editorial B de f.

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula

2008 “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”. *Themis*. Lima, número 55, pp. 97-108.

JAKOBS, Günther

1997 *Derecho Penal: parte general-fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons.

2004 *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thompson / Civitas.

JESCHECK, Hans- Heinrich y Thomas WEIGEND

2002 *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Editorial Comares.

KINDHÄUSER, Pawlik

2013 *La antijuridicidad en el Derecho Penal: estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f.

KINDHÄUSER, Urs.

2007 *Críticas a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Lima: Grijley.

KINDHÄUSER, Urs y otros

2012 *Imputación subjetiva: seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal Contemporáneo*. Lima: ARA Editores.

KUHLEN, Lothar

2012 “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delitos”. En: VON HIRSCH, Andrew y otros. *Límites al Derecho penal, principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 225-236.

LANDA ARROYO, César

2016 “La constitucionalización del Derecho Procesal Penal: el nuevo Código Procesal Penal peruano en perspectiva”. *Themis*, Lima, número 68, pp. 181-191.

2010a *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

2010b *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

2006 *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra.

LOPERA MESA, Gloria Patricia

2011 “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”. *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XXIV, número 2, diciembre 2011, pp. 113-138. Consulta: 01 de julio de 2016.

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000200005

MAIER, Julio B. J.

2002 *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario

2007 *El principio de confianza en Derecho Penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Tesis de doctorado. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Consulta: 10 de setiembre de 2015.
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4398/29644_maraver_gomez_mario.pdf?sequence=1

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos

2011 *Derecho Penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MIR PUIG, Santiago

2011 *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

2003 *Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método*. Segunda edición. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f.

1994 *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando

2001 *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Editor J.M. Bosch.

MOLOCHE, Guillermo

2016 “Congestión vehicular, un problema con solución”. *El Comercio*. Lima, 25 de abril, p.30.

PASTOR Muñoz, Nuria

2005 *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.

PÉREZ BARBERA, Gabriel

2011 *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

2011 “Fundamentos y fines del Derecho Penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”. *Indret: revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, N° 2, abril de 2011, 40 pp. Consulta: 10 de julio de 2016.

<http://www.indret.com/pdf/818.pdf>

POLAINO NAVARRETE, Miguel

2005 *Instituciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

PORCIÚNCULA, José Carlos

2014 *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*. Barcelona: Atelier.

PUPPE, Ingeborg

2010 *La distinción entre dolo e imprudencia*, Buenos Aires: Hammurabi.

QUINTEROS, Víctor Manuel (Coordinador)

2010 *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos: aportes sustantivos y procesales*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

ROBLES PLANAS, Ricardo

2012 “Introducción a la edición española: dogmática de los límites al Derecho Penal”. En Von Hirsch, Andrew y otros. *Límites al Derecho Penal. Principios Operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 19-48.

ROXIN, Claus

2012 *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Editorial Grijley.

1997 *Derecho penal: parte general*. Tomo I: “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Madrid: Civitas.

SALMÓN, Elizabeth

2003 “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 9. Consulta: 10 de julio de 2016.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3322/3166>

SAN MARTÍN CASTRO, César

1999 *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima: Grijley.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel

2007 *La analogía en el derecho penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo

2012 *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.)

2011 *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. Segunda edición. Madrid: La Ley.

SÁNCHEZ – OSTIZ, GUTIÉRREZ y Elena ÍÑIGO

2013 *Delictum 2.0. Materiales para clases prácticas de introducción a la teoría general del delito*. Navarra: Aranzadi.

SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier

2012 *Variaciones sobre la presunción de inocencia, análisis funcional desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.

SELMA PENALVA, Alejandra

2007 *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Serie: Tirant monografías N° 482. Valencia: edit.um / Tirant lo Blanch.

SCHWABE, Jürgen (comp.)

2009 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: extractos de las sentencias más relevantes*. México/Berlín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

SHÜNEMANN, Bernd

2012 “Protección de Bienes Jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática: sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal”. En: VON HIRSCH, Andrew y otros. *Límites al Derecho penal, principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 63-86.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Lorena VARELA.

2012 “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”. En: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María y Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (coords.), *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, pp. 265-286.

SILVESTRONI, Mariano H.

2004 *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

STRATENWERTH, Günter

2005 *Derecho Penal Parte general I: el hecho punible*. Cuarta edición. Buenos Aires: Hammurabi.

1991 *Acción y resultado en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

2010 *Sistema penal y Estado de Derecho: ensayos de Derecho Penal*. Lima: ARA Editores.

UREÑA CARAZO, Belén

2014 *Derechos fundamentales procesales*. Navarra: Aranzadi.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2013 *Derecho Penal: parte general*. Lima: Editorial Grijley.

VON HIRSCH, Andrew, Kurt SEELMAN y Wolfgang WOHLERS

2012 “Introducción: ¿qué son los *mediating principles*?” En: VON HIRSCH, Andrew y otros. *Límites al Derecho penal, principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 55-62.

VON LISTZ, Franz

1999a *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, cuarta edición. Madrid: Editorial Reus.

1999b *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, cuarta edición. Madrid: Editorial Reus.

1999c *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, cuarta edición. Madrid: Editorial Reus.

YACOBUCCI, Guillermo J.

2002 *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

YON RUESTA y Armando Sánchez MÁLAGA CARRILLO

2005 “Presunción de Inocencia y Estado de Derecho”. *Themis*. Lima, número 51, pp. 133-149. Consulta: 16 de marzo de 2016.

http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_051.pdf

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR
2006 *Manual de Derecho Penal: parte general*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediar.

ZAGREBELSKY, Gustavo
1995 *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

