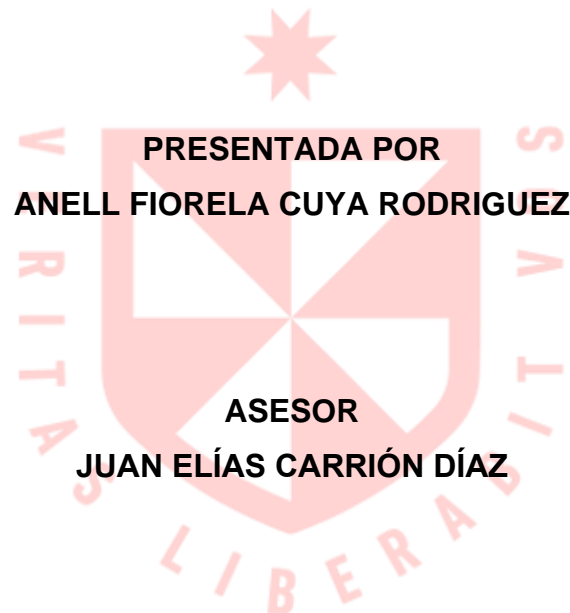




**FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO**

**EL TRATAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO  
EN EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL y SU  
INFLUENCIA EN LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA  
DE ACCIÓN**



**PRESENTADA POR  
ANELL FIORELA CUYA RODRIGUEZ**

**ASESOR  
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ  
2023**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad  
de Derecho

**UNIDAD DE POSGRADO**

**EL TRATAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL  
DELITO DE PATROCINIO ILEGAL y SU INFLUENCIA EN LA  
EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN**

**Tesis para Optar el Grado Académico de maestra en Derecho en ciencias  
Penales**

**Presentada por:**

**ANELL FIORELA CUYA RODRIGUEZ**

**Asesor:**

**MG. JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ**

**LIMA-PERÚ**

**2023**

## DEDICATORIA

Le dedico el resultado de este trabajo a toda mi familia, principalmente a mi madre y abuelos que jamás dejaron de creer en mí, a mi papá que me enseñó lo lindo que es la carrera de derecho, a mi querido esposo e hijos (André, Bianka y Maritza) que me han dado todo su apoyo y amor durante este proceso.

Me han enseñado a ser la persona que soy hoy, mis principios, mis valores, mi perseverancia y mi empeño se lo dedico a ellos.

## **AGRADECIMIENTOS**

“Le agradezco muy profundamente a mi Asesor por su dedicación y paciencia, sin sus palabras y correcciones precisas no hubiese podido lograr llegar a esta instancia tan anhelada. Gracias por su guía y todos sus consejos, los llevaré grabados para siempre en la memoria en mi futuro profesional”

También le agradezco a mi amigo Sergio Iván Noguera Ramos, quien tuvo la dedicación y paciencia de prestarme sus libros de su biblioteca a fin de lograr culminar con mi trabajo.

## INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS .....	iii
RESUMEN .....	ix
<i>ABSTRACT</i> .....	x
INTRODUCCIÓN .....	xi
CAPITULO I MARCO TEORICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación.....	1
1.1.1. Antecedentes nacionales.....	1
1.1.2. Antecedentes internacionales.....	14
1.2. Bases teóricas.....	25
1.2.1. Ubicación sistemática de las conductas neutrales de la TPR en la teoría del delito .....	25
1.2.2. La teoría de Frank acerca de la TPR.....	26
1.2.3. Las conductas neutrales en la TPR .....	27
1.2.4. Evolución de la TPR .....	28
1.2.5. Criterios de imputación en la TPR .....	30
1.2.6. Imputación objetiva de la conducta y la imputación objetiva del resultado .....	32
1.2.7. Concepto del Principio de la TPR .....	34
1.2.8. Conducta neutral e infracción de deber de solidaridad mínima .....	38
1.2.9. Principio de TPR y el cumplimiento del rol en la sociedad.....	39

1.2.10. El principio de TPR como parte de la imputación objetiva de la conducta .....	49
1.2.11. Teoría de la propia responsabilidad según Welp en la TPR .....	51
1.2.12. Posición de Jakobs acerca de la TPR .....	54
1.2.13. Principio de la capacidad de dirección según Otto en la TPR .....	56
1.2.14. Posición doctrinaria de Frisch acerca de la TPR .....	57
1.2.15. Desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia según WEHRLE en la TPR.....	58
1.2.16. Los conocimientos especiales en el principio de TPR .....	59
1.2.3. Origen de la EIA en la legislación procesal penal peruana .....	61
1.2.3.1. Concepto de la EIA.....	63
1.2.3.2. La EIA cuando el hecho no constituye delito .....	67
1.2.3.3. Fundamentación doctrinaria que el hecho denunciado no constituye delito .....	76
1.2.3.4. Ausencia del elemento subjetivo es una causa para declarar fundada la EIA .....	79
1.2.3.5. La atipicidad relativa como fundamento para declarar fundada la EIA .....	80
1.2.3.6. Procedencia de la EIA por ausencia de antijuricidad o de culpabilidad .....	82
1.2.3.7. El hecho denunciado no es justiciable penalmente .....	87
1.2.3.8. La TPR como fundamento de la EIA.....	91
1.2.3.9. Trámite de la EIA .....	92

1.2.3.10. Casos en que no procede la EIA .....	95
1.2.4. El Delito de Patrocinio ilegal en la legislación penal peruana .....	96
1.2.4.1. Sujeto activo .....	97
1.2.4.2. Sujeto pasivo .....	99
1.2.4.3. Bien Jurídico Protegido .....	99
1.2.4.4. Elementos objetivos .....	100
1.2.4.4.1. Patrocinar .....	100
1.2.4.4.2. Intereses de particulares ante la administración pública.....	102
1.2.4.4.3. Valerse de su calidad de funcionario o servidor público .....	103
1.2.4.4.4. Tipicidad subjetiva .....	104
1.2.4.4.5. En el delito de patrocinio ilegal no procede aplicar la duplicidad del plazo de prescripción .....	104
1.2.4.4.6. Tentativa .....	105
1.2.4.4.7. Consumación .....	105
1.2.4.4.8. Penalidad .....	105
1.3. Definición de términos básicos.....	106
<b>CAPITULO II HIPOTESIS Y VARIABLES .....</b>	<b>108</b>
2.1. Hipótesis Principal.....	108
2.2. Hipótesis específicas .....	108
2.2.1. Primera hipótesis específica .....	108
2.2.2. Segunda hipótesis específica .....	108
2.3. Operacionalización de variables .....	108



2.3.1. Definición conceptual.....	108
2.3.2. Definición operacional.....	110
2.3.3. Operacionalización de variables .....	111
CAPITULO III METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	114
3.1. Delimitación de la investigación .....	114
3.2. Diseño Metodológico.....	114
3.2.1. Tipo de Investigación .....	114
3.2.2. Nivel de Investigación .....	114
3.2.3. Diseño.....	115
3.2.4. Método.....	116
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	116
3.3.1. Técnicas .....	116
3.3.2. Instrumentos de recolección de datos .....	116
3.3.3. Confiabilidad y validez de los instrumentos .....	117
3.4. Aspectos éticos.....	117
CAPÍTULO IV RESULTADOS.....	118
Caso N°: 01.....	122
Caso N°: 02.....	135
Caso N°: 03.....	146
Caso N°: 04.....	157
CAPÍTULO V DISCUSIÓN .....	169
CONCLUSIONES.....	178

RECOMENDACIÓN .....	180
REFERENCIAS.....	181

## RESUMEN

Como restricción normativa a la participación delictiva en el delito de patrocinio ilegal, la figura dogmática de la TPR se valora en esta tesis para ver si se apoya suficientemente en la excepción de inadmisibilidad de la acción como medio técnico de defensa. Para el logro de esta investigación se empleó un enfoque cualitativo, debido a la recolección de información doctrinal para dar respuesta a los problemas planteados, realizándose la contrastación y demostración de las hipótesis de investigación.

Los métodos de investigación utilizados fueron el método inductivo basado en hechos particulares con el objeto de alcanzar los conocimientos generales. Asimismo, los resultados fueron obtenidos de la jurisprudencia y doctrina desarrollada hasta la actualidad. Del mismo modo, la conclusión más relevante en la presente investigación es que la TPR no se fundamenta adecuadamente en el delito de patrocinio ilegal al promoverse la Excepción de Improcedencia de Acción por parte de la defensa técnica.

Palabras claves: TPR, excepción de improcedencia de acción, patrocinio ilegal, imputación objetiva de la conducta, Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

## **ABSTRACT**

*The main objective of this research work was to know if the exception of inadmissibility of action for prohibition of return in the crime of illegal sponsorship in the Supreme Court of Preparatory Investigation was founded in 2020. Now regarding the methodology, the strategy used was correlational because the relationship between the application of the prohibition of return in the exception of inadmissibility of action as a technical means of defense was evaluated, describing the phenomenon of study. Likewise, the approach has been qualitative, because I have used the collection of doctrinal information to solve the general problem, the specific problems, carrying out the contrasting and demonstration of the research hypotheses.*

*The research methods used were the inductive method based on particular facts in order to achieve general knowledge. The results of this investigation were obtained from the analysis of the jurisprudence and doctrine developed to date. In the same way, the most relevant conclusion establishes that the prohibition of return is not adequately based on the crime of illegal sponsorship by promoting the exception of inadmissibility of action by the defense.*

*Keywords: Return ban, exception of inadmissibility of action, illegal sponsorship, objective imputation of conduct, Supreme Court of Preparatory Investigation.*

NOMBRE DEL TRABAJO

**EL TRATAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN  
DE REGRESO EN EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL y SU INFLUENCIA EN LA**

AUTOR

**ANELL FIORELA CUYA RODRIGUEZ**

RECUENTO DE PALABRAS

**35761 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**191784 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**202 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**2.7MB**

FECHA DE ENTREGA

**Nov 15, 2023 5:06 PM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Nov 15, 2023 5:08 PM GMT-5**

### ● 13% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 12% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 6% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

### ● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



**USMP** | Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES | **Perú**

**Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla**  
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda una cuestión problemática actual ya que conforme con los resultados de la investigación se pudo evidenciar que la defensa técnica cuenta con conocimientos insuficientes de la teoría de la imputación objetiva y, en consecuencia, desconocen los alcances del principio de la TPR (en adelante, TPR) al plantear el medio técnico de defensa de la Excepción de Imprudencia de Acción (en adelante, EIA). Por estas razones el problema principal planteado fue: ¿cómo se fundamenta la imputación objetiva, en particular la TPR, en aquellos casos en los que promueve la EIA en el delito de patrocinio ilegal? De esta manera, la hipótesis general parte por sostener que la TPR no se fundamenta de manera adecuada en el medio técnico de defensa como es la EIA del delito de patrocinio ilegal. En ese sentido, la importancia de la investigación se aprecia en la necesidad de conocer y aplicar, cuando el caso lo amerita, el principio de la TPR, lo que contribuirá a una mejoría en los servicios profesionales de defensa técnica, al fundamentar de manera adecuada la EIA. Respecto al enfoque de la investigación es cualitativa, ya que a partir de un desarrollo teórico de la institución de la imputación objetiva y en particular la figura de la TPR, para luego efectuar una recolección de los datos y su análisis, me han permitido responder las preguntas de investigación y además demostrar las hipótesis de investigación.

Ahora, en cuanto al diseño de la investigación es descriptiva porque durante el desarrollo de la tesis se ha podido diagnosticar y describir la realidad problemática, y mediante la investigación se ha logrado encontrar la solución a dichos planteamientos de los problemas de investigación. Esta investigación descriptiva también se le considera en la metodología de la investigación como observacional, porque se ha observado el fenómeno de estudio como ha sido el tratamiento de la

TPR en el delito de patrocínio ilegal y su influencia en la EIA. El alcance de la investigación obedece a ser un estudio correlacional, debido a que la finalidad ha sido evaluar la relación que existe entre la variable independiente y la variable dependiente. Asimismo, se ha utilizado el método inductivo, porque iniciando la investigación de lo singular se ha llegado a lo general. También se ha abordado el tratamiento de la TPR en el delito de patrocínio ilegal y su influencia en la EIA.

El desarrollo de la investigación se justifica teóricamente porque dará a conocer a la comunidad jurídica que la TPR es muy importante para el imputado, el fiscal, y el abogado defensor. Su importancia radica, en qué al tener conocimientos de la teoría o principio de la TPR como parte de la imputación objetiva de la conducta, podrá el abogado defensor saber si de acuerdo a su teoría del caso, es pertinente que pueda plantear como fundamento de la EIA en el delito de patrocínio ilegal cuyo sujeto activo es el funcionario o servidor público, ante el juez supremo de investigación preparatoria.

Del mismo modo, el conocer la doctrina de la parte general del Derecho Penal, permitirá entender los motivos por los cuales, la TPR se encuentra dentro de la imputación objetiva de la conducta. Además, el conocimiento de la TPR, enriquecerá la fundamentación cuando el imputado promueva como medio de defensa técnico la EIA el delito de patrocínio ilegal.

La línea de investigación de la tesis es de carácter procesal penal, al tratar la EIA, pero en particular, de naturaleza penal, ya que la TPR como filtro de imputación objetiva se vincula al Derecho Penal Parte General; asimismo, el estudio del delito de patrocínio ilegal se relaciona con los estudios del Derecho Penal Parte Especial. Desde la visión material de la investigación, resulta viable, ya que cuento con la bibliografía nacional e internacional, que utilizaré en la presente investigación, por

lo que se incluirá en la bibliografía, libros especializados del Derecho Penal Parte Especial (Delito de Patrocinio Ilegal), libros de Derecho Penal Parte General, libros de Derecho Procesal Penal, Revistas de Derecho Penal Parte General, Parte Especial, Derecho Procesal Penal, y artículos publicados en internet sobre las especialidades del Derecho mencionadas.

El trabajo de investigación se ha desarrollado, en cinco capítulos, estructurados de la siguiente manera:

En el Capítulo I, se ha referido al marco teórico comprendiendo los antecedentes de la investigación, las bases teóricas abarcando el principio de la TPR, la EIA, el delito de patrocinio ilegal, y la definición de términos.

En el capítulo II: Contiene hipótesis y variables, se describe la situación problemática, se formulan los problemas, los objetivos, la justificación, limitaciones de estudio, delimitación de la investigación, formulación de hipótesis, y la operacionalización de variables.

En el capítulo III: Contiene la metodología de la investigación, y comprende el diseño metodológico, el tipo de investigación, nivel de investigación, diseño, método, población y muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos, técnicas e instrumentos, técnicas para el procesamiento de la información, aspectos éticos.

En el capítulo IV: Abarca los resultados de la investigación.

En el capítulo V: Contiene la discusión, mediante la comprobación de la hipótesis general y la comprobación de las hipótesis específicas.



Concluye el trabajo de investigación, con las conclusiones, recomendación, referencias bibliográficas y los anexos.

# **CAPITULO I**

## **MARCO TEORICO**

### **1.1. Antecedentes de la investigación**

#### **1.1.1. Antecedentes nacionales**

Reynaldi (2017) presenta su tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal, titulada: “Imposibilidad de fundar una EIA por falta de imputación concreta”, ante la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

La investigación tuvo los siguientes objetivos:

Entregar un aporte a la comunidad jurídica y en especial a los operadores del Derecho, quienes tienen en sus manos la resolución de los conflictos penales, ello a fin de “contar con herramientas conceptuales que nos permitan enfrentar con mayor acierto y racionalidad los problemas actuales que plantea la práctica procesal”. (Reynaldi, 2017, p. 6).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones: Se trataron los supuestos de atipicidad relativa y su diferencia con los supuestos de falta de imputación necesaria. Se aclaró la diferencia entre un supuesto de atipicidad por falta de adecuación típica, y un supuesto de falta de imputación necesaria; a manera de excurso, “se trató también sobre las consecuencias jurídicas que corresponden a supuestos distintos a los defectos comunicativos de la imputación (en el sentido de omisión o carencia)”. (Reynaldi, 2017, p. 88).

Obregón, Cotrina, y Gómez (2015) presentan su tesis para optar el título profesional de Abogado, titulada: “La TPR como excluyente de la imputación objetiva en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos”, ante la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

La investigación tuvo los siguientes objetivos:

Explicar si la TPR como excluyente de la imputación objetiva en el Código Penal peruano, “influye en la correcta administración de justicia y demostrar que la teoría de TPR contribuye para diferenciación las conductas ilícitas de las neutras”. (Obregón, Cotrina y Gómez, 2015, p. 4).

La investigación reveló que, bajo los postulados tanto de la TPR como de la teoría de la infracción del deber se puede excluir el hecho medio, o incluso el hecho posterior inocuo.

La TPR debería ser utilizada para excluir la imputación objetiva en los delitos de corrupción de funcionarios públicos porque agilizaría el proceso judicial, ya que la fiscalía identificaría con mayor precisión la conducta punible antes de formular formalmente la acusación, permitiendo identificar a los presuntos autores de los actos inocuos.

La aplicación de la TPR en el momento de la formalización de la investigación preparatoria daría lugar a que se imputara a quienes efectivamente han incumplido el deber que les imponen las leyes a las que están sometidos y a quienes no, contribuyendo a la presunción de inocencia reconocida en la Carta Magna, pues evita al agente cuya conducta se enmarca “dentro de las condiciones de la aplicación de la TPR, el tener que seguir un proceso largo cuando la determinación

de su situación jurídica, de acuerdo a su conducta, puede efectuarse antes de formalizar la acusación”. (Obregón, Cotrina y Gómez, 2015, p. 102 y 103).

Espino (2020) presenta su tesis para optar el grado académico de maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, titulada: “La TPR en las conductas neutrales en la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2010 al 2019”, ante la Universidad César Vallejo.

La investigación de Espino (2020) tuvo los siguientes objetivos: Determinar la incidencia de la TPR en las conductas neutrales encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2010 al 2019. Determinar la incidencia de la TPR en las conductas neutrales encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2010 al 2019, lo cual permitirá apreciar el desarrollo de dicho criterio normativo en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y como se está aplicando en nuestro país.

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

Se ha llegado a determinar la incidencia directa de la imputación objetiva en las conductas neutrales en la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2010 al 2019, puesto que la imputación objetiva como elemento de la tipicidad objetiva, permite solucionar los problemas jurídicos en donde aparezcan conductas neutrales ligadas a contextos delictivos. (Espino, 2020, p. 34 y 35)

Pinedo (2012) presenta su tesis para optar el título de abogado, titulada: "La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional - normativista", ante la Universidad de Piura.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: Llevar a cabo una aproximación a los principales fundamentos teóricos a partir de los cuales Jakobs desarrolla la piedra angular de su sistema penal, esto es, la teoría de la imputación objetiva, así como los diversos institutos dogmáticos que sobre ella se han constituido. Tal cometido resulta importante en tanto se trata de una de las tendencias dogmáticas que progresivamente "se encuentra ganando terreno tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, rescatándose su coherencia y racionalidad sistemática para la delimitación de los ámbitos de competencia, en el contexto de una sociedad cada vez más compleja". (Pinedo, 2012, pp. XIX y XX).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones: Las aportaciones del profesor Jakobs al Derecho penal moderno proporcionan una información fundacional increíblemente valiosa a partir de la cual construir una teoría del delito que responda a las necesidades de la sociedad contemporánea. Esto no significa, sin embargo, que debemos ignorar la perspectiva crítica. Así, el actual "sistema", si se aplica el término peruano a la conducta delictiva, debe ser cuidadosamente examinado.

Debe entonces sugerirse una reestructuración y ordenamiento del mismo, a partir de una nueva comprensión normativa de las instituciones dogmáticas, de la norma, de la persona y de la sociedad. (Pinedo, 2012, p. 138).

Benavente (2005) presenta su tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, titulada: “La imputación objetiva en la comisión por omisión”, ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Los objetivos del estudio eran los siguientes: describir cómo funciona jurídicamente la imputación objetiva en Derecho penal. comprender la comisión por omisión u omisión impropia, así como “la imputación objetiva. explicar la comisión por omisión y la imputación objetiva”. En el caso de "comisión por omisión u omisión impropia", utilizar el juicio de imputación objetiva. Elaborar un marco teórico, sobre la base de la razón y lo racional, el cual, gire en torno a la imputación objetiva en la comisión por omisión”. (Benavente, 2005, p. 10 y 11).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

Es la imputación objetiva la que presenta una mejor gama de criterios normativos para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de comisión; de esta manera se ha comprobado la hipótesis de trabajo planteada en la presente investigación, en lo que respecta al trabajo de campo, el 72 % de los encuestados estiman que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia no se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados, como puede ser la correcta aplicación de criterios de la imputación objetiva (Benavente, 2005).

La omisión no se presenta en el plano del ser, por lo que, no cabe diferenciarlo con la acción, sino que, la omisión es una valoración realizada al comportamiento del sujeto con relación a lo descrito en el tipo penal, cuyo contenido delimita el juicio de imputación objetiva del comportamiento, así como, del resultado típico, sin la

necesidad de exigir un elemento especial, exclusivo y excluyente, como la posición de garante. (Benavente, 2005).

El paradigma de imputación basado en roles exige afirmar que, para atribuir consecuencias jurídico-penales a un individuo, los operadores jurídicos también deben utilizar estándares normativos; de lo contrario, se corre el riesgo de creer que lo fáctico es prescriptivo en sí mismo. Por tanto, en nuestro modelo, los roles constituyen un criterio “necesario”, pero no “suficiente”, requieren ser complementados con instrumentos normativos - valorativos. (Benavente, 2005).

La investigación “de los roles de las personas -entendidas como sujetos libres- y la aplicación de estándares normativo-valorativos” son ventajosas para la imputación objetiva, que se fundamenta en la idea de autorresponsabilidad. Por tanto, el kit del asunto no descansa, por un lado, en establecer si fue por acción o por omisión lo que originó el resultado lesivo, ni por el otro lado, en buscar una relación de causalidad entre la conducta y el resultado; sino, por el contrario, en la atribución de la responsabilidad, en la imputación de las consecuencias dañosas al comportamiento de un sujeto, a como ejercicio su libertad y como el mismo afectó esferas de libertad de otros, y para ello, la verificación del cumplimiento de roles o deberes es una herramienta de valiosísima ayuda. (Benavente, 2005).

“Por tanto, la fórmula propuesta en la presente investigación es: (a) libertad de la persona, (b) tipo penal, (c) inobservancia de roles, riesgos no permitidos (ámbito normativo – valorativo), y, (d) la imputación objetiva; en donde acción u omisión, normativamente pueden presentar más que equiparación, una identidad valorativa – típica”. (Benavente, 2005, p. 284 al 290).

Rosales (2008) presentó su tesis para optar el título profesional de abogado, titulada: “La complicidad en los delitos de organización personal mediante conductas externamente neutrales: Una solución desde la TPR”, ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

La investigación tuvo los siguientes objetivos:

Explicar el fundamento del por qué deben de ser castigadas las conductas de participación criminal. Determinar los límites de la participación criminal y de esta manera poder saber cuándo un comportamiento adquiere sentido delictivo, y cuándo se mantiene en el ámbito impune. Esbozar un modelo teórico que nos permita solucionar eficientemente, los supuestos de complicidad en un hecho criminal a través de conductas neutrales.

Demostrar que los criterios de imputación objetiva tienen aplicación para determinar si estamos ante un supuesto de complicidad en un delito. Interpretar la línea dogmática que tiene la jurisprudencia peruana en relación a la aplicación de la imputación objetiva, para determinar la complicidad delictiva. Descifrar las causas que conllevan a la jurisprudencia a violar el principio de legalidad, en su afán de fundamentar la participación con criterios netamente naturalísticos. (Rosales, 2008, p. 10 y 11).

La investigación de Rosales (2008) tuvo las siguientes conclusiones:

La TPR como criterio (de la imputación objetiva) de determinación de ámbitos de responsabilidad, posibilita evitar la punición de las personas que no actúan en connivencia con el autor del delito, ni



mucho menos se han solidarizado con el plan delictivo de aquél; no obstante, con aquellas conductas se favorezca causalmente el hecho delictivo, “al crear una situación que le sirve al autor para realizar el delito”.

El uso del término de conductas neutrales, únicamente tiene fines expositivos. Debido a que insertada en un contexto inocuo toda acción puede ser aparentemente neutral, y si se le contextualiza en el campo de lo ilícito, la conducta dejará a primera vista (por lo general) de ser inocua.

Sin embargo, tal aseveración resulta siendo parcial, porque si atendemos a que lo esencial para que una conducta deje de ser neutral y se convierta en punible, es que el sujeto conozca, a partir de los elementos que ofrece el contexto en el que actúa, que su comportamiento concurre junto a otro en la realización de un delito, es posible sostener que las conductas neutrales pueden configurarse incluso durante la etapa de realización del hecho punible.

El punto de vista a partir del cual se ha de discutir la relevancia penal de los comportamientos neutrales radica en el desvalor de la conducta del cómplice. En los supuestos en los que la conducta desarrollada por un primer sujeto es tomada posteriormente por un segundo interviniente, quien le da una finalidad delictiva, por lo general, la acción de la primera persona no constituye participación en dicho delito, en tanto se reconoce la validez del argumento según el cual; no se tiene la obligación de velar por las consecuencias de la propia

conducta cuando existe la ulterior actuación de un sujeto autor responsable.

La exclusión de la responsabilidad penal de los sujetos valiéndose de la TPR, se configurará sólo en los dos siguientes supuestos: en primer lugar, los contactos sociales en la actualidad se caracterizan por la complejidad de la interacción personal, y, por ende, las comunidades que se formen entre los diversos protagonistas de los procesos de comunicación social no serán absolutas, sino limitadas a determinadas formas.

Esto significa, que las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad. En segundo lugar, se puede afirmar que los campos de responsabilidad se separan mucho más cuando no existe una comunidad entre las personas, sino que una es obligada por otra a tal comunidad.

Solamente se configurará la complicidad en el delito (y en general de participación criminal) si un interviniente con su conducta genera una conexión - deseada por él como aporte o contribución - con el hecho delictivo. Únicamente cuando se realiza una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido habrá complicidad. Lo señalado en la anterior conclusión no rige aquí, debido a que es el propio sujeto el que decide dotar de sentido delictivo a su conducta, afirmando de esta manera que el hecho criminal también le pertenece, pese a la auto responsabilidad del autor. (Rosales, 2008, p. 168 al 170).

Gutarra (2019) presentó su tesis para optar el título profesional de abogado, titulada: “La teoría de: La TPR y la imputación objetiva, Perú 2018”, ante la Universidad César Vallejo.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: “Determinar de qué manera la TPR afecta la imputación objetiva, siguiendo el enfoque cualitativo y diseño de teoría fundamentada. Establecer la relación existente entre la TPR y la imputación objetiva”. (Gutarra, 2019, p.11).

El estudio llegó a la conclusión de que la imputación objetiva no está incluida en la TPR. Esto inhibe también la intervención penal. Se concluye la relación entre la TPR y el papel común en la interpretación objetiva de una determinada conducta a través de un determinado papel social. “Existe imputación objetiva si se aumentó el riesgo, creando uno jurídicamente desaprobado o, si una conducta alternativa conforme a derecho podría producir un resultado diferente al acaecido”. (Gutarra, 2019, p. 95).

Piña (2013) presentó su trabajo de investigación para optar el título profesional de abogado, titulado: “Teoría de la imputación objetiva”, ante la Universidad Científica del Perú.

La investigación abordó distintos aspectos que presenta esta perspectiva teórica, su evolución histórica, sus antecedentes, así como un muy breve examen de las distintas versiones existentes en la actualidad. “Se incide posteriormente, en el estudio de los distintos institutos dogmáticos que forman parte de ella y los grupos de casos problemáticos que se han suscitado”. (Piña, 2013, p. 2).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

En general, la imputación objetiva es un comportamiento normal más que una explicación directa de la causalidad o su corrección. La idea de imputación objetiva sólo permite un nivel de causalidad entre una acción y su efecto. La causalidad natural es un primer límite mínimo para la realización típica. Para poder afirmar que se cumplen los requisitos fundamentales para imputar objetivamente la responsabilidad o no por un hecho ilícito, deben realizarse a continuación los restantes presupuestos de la imputación objetiva.

Hay riesgos que pueden coexistir en la sociedad y que son aceptados a nivel social. En consecuencia, no todos los riesgos pueden utilizarse para imputar un comportamiento. Para que se considere la imputación, la amenaza planteada por el sujeto activo debe ser generalmente relevante y estar fuera de los límites del riesgo aceptable (socialmente apropiado). En ese sentido, la creación del riesgo debe apreciarse ex ante y la realización del resultado conjuntamente con la realización de causalidad debe apreciarse ex post. (Piña, 2013, p. 80 y 81).

Carbajal (2018) presentó su tesis para optar el grado académico de Maestro en Ciencias Penales, titulada: “La imputación objetiva como fundamento del concepto de “delito previo” de la receptación”, ante la Universidad San Martín de Porres.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: “Encontrar la teoría del delito que otorga mejores fundamentos para elaborar el concepto de “delito previo” del artículo 194 del Código Penal”. “Analizar la validez

de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento para fundamentar el concepto de delito previo de la receptación. Examinar si la Corte Suprema ha establecido el concepto de delito previo del artículo 194 del CP". (Carbajal, 2018, p.13).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

"La teoría de la imputación objetiva es válida para la elaboración del concepto de "delito previo", ya que constituye el filtro por el que una conducta debe ser analizada considerando su relevancia penal dentro de un contexto social determinado" (Carbajal, 2018, p. 98).

Para lograr aquello, se propone la utilización del rol social que desempeña una persona, y el riesgo permitido que existe dentro de una sociedad determinada; en cuanto al primero, este se presenta como una construcción jurídico penal que hace posible identificar el marco de valoración al cual será sometido el comportamiento ejecutado por el receptor del bien; mientras que el segundo, "constituye el límite de una conducta, es decir, una actividad que se presenta en la interacción social que no debe afectar la vigencia de la norma penal". (Carbajal, 2018, p. 99).

Torrejón y Vásquez (2016) Iquitos, Perú, presentaron su tesis para optar el título profesional de abogada, titulada: "La teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, y su aplicación en las fiscalías penales en el marco del nuevo código procesal penal", ante la Universidad Nacional de la Amazonía.

El objetivo principal del estudio era conocer si las fiscalías penales aplican la idea de imputación objetiva en las acusaciones y sobreseimientos de delitos de lesiones imprudentes causadas por inobservancia de las normas técnicas de tráfico.

Determinar si la idea de imputación objetiva se utiliza en el enjuiciamiento o sobreseimiento de los delitos de lesiones imprudentes causadas por inobservancia de las normas técnicas de tráfico.

Determinar “la contribución de la teoría de la imputación objetiva en la investigación de los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, en los requerimientos de acusación y sobreseimiento realizados por las fiscalías penales”. (Torrejón y Vásquez, 2016, p. 16).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

La principal tarea de los partidarios de este sugerente enfoque metodológico jurídico-penal es aplicar los presupuestos de la imputación objetiva a los delitos funcionales.

Estos supuestos, como el concepto de confianza y el comportamiento arriesgado de la víctima, son susceptibles de mejora y contracción en el plano de la teoría lógico dogmática y de la misma práctica jurisprudencial, tal es así que no representan reglas teóricas que deban seguirse, sino que su aplicación puede servir como directrices prácticas útiles o filtros opcionales para determinar la criminalidad.

Ahora bien, en los delitos culposos por excelencia deben ser analizados desde la óptica de la imputación objetiva (riesgo permitido y auto puesta en peligro de la víctima), sin embargo, las fiscalías penales de Maynas del nuevo código procesal penal, en lo que respecta a los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, no aplican dicha teoría muy por el contrario, tampoco aplican la teoría del delito que constituye la teoría en la cual se desarrolla la imputación objetiva específicamente en la tipicidad.

La teoría de la imputación objetiva desde su vértice de la auto puesta en peligro o competencia de la propia víctima se configura en los accidentes de tránsito, cuando el caso concreto esté protagonizado de manera determinante por un peatón, quien a causa de su propio accionar, pone en peligro o en riesgo su propia vida o integridad física. (Torrejón y Vásquez, 2016, p. 215 y 216).

### **1.1.2. Antecedentes internacionales**

De Paz (2013) Ciudad de Guatemala, Guatemala, presentó su tesis para optar el título profesional de abogada y notaria, titulada: “La imputación objetiva en materia penal”, ante la Universidad San Carlos de Guatemala.

La investigación tuvo como objetivos, “perseguir la realización de la justicia, realizar una investigación del hecho delictivo apegado a los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad y autonomía,

respetando el Estado de derecho y los derechos humanos”. (De Paz, 2013, p. i y ii).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones: El Ministerio Público al realizar la imputación de un delito no se basa en criterios racionales para una adecuada imputación del hecho delictivo, ya que no toma en cuenta la sistematización de la estructura del delito en el período de investigación que éste realiza sobre el hecho delictivo. (De Paz, 2013, p. 89).

El Ministerio Público no cumple con el sistema garantista que establece la normativa jurídica guatemalteca, realizando una mala aplicación de los principios de objetividad, imparcialidad y legalidad al investigar únicamente circunstancias en contra del imputado (De Paz, 2013, p. 89).

En algunos raros casos, el fiscal del Ministerio Público no lleva a cabo la investigación del delito de manera imparcial e independiente porque no realiza las diligencias necesarias para establecer la existencia de un delito e identificar al acusado, lo que da lugar a suposiciones y conjeturas incorrectas.

El debido proceso “no se cumple cuando el fiscal viola los derechos individuales y garantías constitucionales del imputado al realizar una acusación basada en una investigación poco objetiva, inaplicándose el sistema garantista en el cual se basa la normativa jurídica de Guatemala”. (De Paz, 2013, p. 89).

Daza (2014), Sevilla, España, presentó su tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, titulada: “Imputación objetiva en la participación y tentativa culposas”, ante la Universidad de Sevilla en el Reino de España.



La investigación tuvo los siguientes objetivos: “Centrarnos al tipo objetivo y ubicarnos dentro de la imputación objetiva y revisar la obra de los clásicos, de las cuales no pueden surgir propuestas teóricas capaces de comprender los fenómenos delictivos de la evolución de un siglo”. (Daza, 2014, p. 17).

La investigación tuvo concluyó en que la teoría de la imputación objetiva permite identificar los problemas centrales de la estructura general del delito, en particular a nivel de injusto, por ende, se obtiene a través de esta herramienta metodológica un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos, lo cual será de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo.

El funcionalismo se basa en un nexo de imputación, que es la atribución de una consecuencia a la acción del autor penalmente culpable, y como consecuencia, su inclusión en el tipo objetivo, a diferencia de los sistemas causalista y finalista, que se basan en el nexo causal.

La función que una teoría de la imputación está llamada a desempeñar, es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado el concepto jurídico penal de conducta, con lo que podemos inferir que para el Derecho penal es acción “toda causación imputable, esto es, que le sea objetivamente - con todos los elementos que el tipo objetivo requiere para su integración - imputable el resultado de la persona por su actuar” (Daza, 2014, p. 17).

Cedeño (2011) Ciudad de Guatemala, Guatemala, presentó su tesis para optar el título de abogado, titulada: “La imputación objetiva a través de la prueba de atribución de intenciones en la investigación del Ministerio Público”, ante la Universidad de San Carlos de la Ciudad de Guatemala, en la República de Guatemala.

La investigación tuvo como objetivos abordar la problemática de la imposibilidad de atribuir intenciones al momento de encuadrar una acción delictiva dentro de un tipo penal. “El objetivo principal era establecer que en la normativa guatemalteca no se encuentra regulada tal posibilidad, porque únicamente se juzga acerca del resultado obtenido con la acción realizada por el sindicado de la comisión de un ilícito penal”. (Cedeño, 2011, p. i)

La investigación tuvo las siguientes conclusiones: La dificultad para determinar si un acusado llevó a cabo las acciones por las que se le juzga de forma intencionada y si los medios que buscó para conseguir sus fines eran suficientes para que se le pudiera perseguir penalmente por ellos radica en los casos en los que el acusado tenía la intención de causar un determinado daño a una persona que no resultó ser al final lo que pudo haber planeado en un principio. (Cedeño, 2011, p. 108).

Es labor del Ministerio Público, indagar y buscar medios que respalden que el sindicado tenía la intención de ocasionar el daño producido o uno mayor del cual únicamente obtuvo el resultado por el cual está siendo juzgado; sin embargo, buscar medios que prueben

una intención, por ser un hecho meramente subjetivo, es una tarea complicada. (Cedeño, 2011, p. 108).

Una de las dificultades más grandes de los investigadores es que las intenciones no son hechos observables. Si la prueba de los hechos externos ya entraña en ocasiones un alto nivel de dificultad, la prueba de los hechos internos o psicológicos parece añadir la complicación de que se trata de hechos que no pueden ser conocidos directamente por observación y respecto de los cuáles sólo el sindicado que los tuvo, puede acceder a ellos. (Cedeño, 2011, p. 108).

La verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción según la teoría de la imputación objetiva porque sólo son objetivamente imputables los resultados que aparecen como la realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción, sin embargo, se da mucho esta problemática en los diversos juzgados penales, sin que se interesen en conocer si el imputado tuvo o no la intención de ocasionar el daño producido. (Cedeño, 2011, p. 108).

El infractor aumenta indebidamente el riesgo de que se produzca un resultado negativo actuando de forma objetivamente imprudente o negligente, por lo tanto, “ésta es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado, de manera que siempre tuvo que observarse el entorno del imputado para entender el resultado”. (Cedeño, 2011, p. 108).

Brito (2017) Cuenca, Ecuador, presentó su tesis para optar el título profesional de abogado, titulada: “La imputación objetiva en los estados de inconciencia y su

ubicación dogmática en la teoría del delito en el Código Orgánico integral penal”, ante la Universidad de Cuenca en la Ciudad de Cuenca en la República del Ecuador.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: Estudiar “los estados de inconsciencia. Se ha utilizado la imputación objetiva del resultado para atribuir la conducta penalmente y el resultado producido en circunstancias de plena inconsciencia, por ser la teoría normativa del tipo más idónea y precisa”. (Brito, 2017, p.2).

La investigación concluyó en que la imputación consiste en calificar a la acción como un hecho ilícito que deben ser atribuido a su único agente. No es el objetivo atribuir tal hecho a personas que no han intervenido con conciencia y voluntad en la relación causal del delito (Brito, 2017).

Es necesario que la sociedad asuma riesgos. No se debe imponer ninguna traba a las actividades que se van creando con el avance de los tiempos. Lo que si corresponde es normar cada actividad con el rol respectivo que le correspondería a cada ciudadano; es decir, aquel que se aleja de su rol con una acción u omisión penalmente relevante y genera un resultado fruto de dicho comportamiento, que no es un solo producto de la causalidad ciega, debe someterse al juzgamiento del sistema penal.

Los comportamientos dolosos anteriores al estado de inconsciencia que son la verdadera causa para provocar el resultado típico, merecen la más estricta y ejemplar penalidad del poder punitivo, debido a que

el responsable es un verdadero peligro para la vida pacífica de la sociedad y para la vigencia de la norma.

Las conductas culposas anteriores al estado de inconciencia deben ser tratadas de manera distinta, utilizando los preceptos normativos como son el riesgo prohibido, el riesgo socialmente permitido, y el ámbito o radio de protección de la norma. Sin embargo, “existen actos completamente involuntarios debido a respuestas fisiológicas que consuman la plena inconciencia en los que por ningún motivo merecen una respuesta penal si se ejecuta sin la más mínima conciencia y comprensión del tipo objetivo y subjetivo”. (Brito, 2017, p. 166).

Mena (2016) San José, Costa Rica, presentó su tesis para optar el grado académico de Master en Ciencias Penales titulada: “Imputación objetiva versus infracción al deber de cuidado”, capacidad de rendimiento para imputar el resultado imprudente”, ante la Universidad de Costa Rica, en la Ciudad de San José, en la República de Costa Rica.

La investigación tuvo como objetivos analizar la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la infracción al deber objetivo de cuidado, a fin de para determinar cuál tiene mejor capacidad de rendimiento para imputar el resultado imprudente, “ello en el contexto de la sociedad del riesgo”. (Mena, 2016, p. viii).

Lo importante, en la atribución de un hecho culposo a un individuo, es la posibilidad de que dicha persona, de acuerdo con sus condiciones personales, “evitó, por un lado, la conducta riesgosa que a la postre

conduciría a la causación del resultado lesivo, así como la posibilidad de previsión de dicho resultado, en virtud de realizar la conducta riesgosa que ejecutaba”. (Mena, 2016, p. 117)

Quebradas y Gutiérrez (2013) presentaron su tesis para optar el título profesional de abogado, titulada: “Imputación objetiva, nacimiento, alcance, características y definiciones propias”, ante la Universidad ICESI, en la Ciudad de Cali, en la República de Colombia.

La investigación tuvo como objetivos “recopilar una serie de hipótesis provenientes de la doctrina para entenderla y así plasmar las distintas reflexiones en el texto. Todo esto debido a que la imputación objetiva representa”. (Quebradas y Gutiérrez, 2013, p. 4)

“En los distintos ordenamientos jurídicos, una gran importancia en cuanto a su aplicación, además de que ha sido un tema de trascendencia en el campo penal, por lo cual genera un pilar de investigación”. (Quebradas y Gutiérrez, 2013, p. 4).

La investigación concluyó que la teoría de la imputación objetiva, no es más en otras palabras que un análisis de la tipicidad de la conducta delictiva que se genere por parte del agente, para que posteriormente, en la imputación subjetiva, se estudie su comportamiento doloso, culposo o negligente, y establecer una responsabilidad por su acción. (Quebradas y Gutiérrez, 2013, p. 28).

Arteaga (2018) Quito, Ecuador, presentó su tesis para optar el título profesional de abogada, titulada: “El delito culposo en los delitos de tránsito desde el enfoque de la imputación objetiva”, ante la Universidad Central del Ecuador, en la Ciudad de Quito, en la República del Ecuador.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: “Evidenciar la inaplicabilidad del art. 146 del COIP para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado en los delitos de tránsito y proponer la reforma al numeral tercero del art.146 sobre el deber objetivo de cuidado” (Arteaga, 2018, p. 23).

El estudio encontró que debido a que la mayoría de legisladores aún basan sus sentencias en los desactualizados conceptos de negligencia, impericia e imprudencia tras la implementación del Código Orgánico Integral Penal en 2014, en Ecuador no existe un precedente de cómo aplicar el deber objetivo de cuidado para determinar la culpabilidad de una persona por una infracción de tránsito.

Además, la teoría de la imputación objetiva se revela como una herramienta dogmática muy útil a la hora de resolver cuestiones relativas a la existencia de responsabilidad por negligencia en accidentes de automóvil, poniendo de manifiesto la relevancia social de estas conductas en sociedades de riesgo conocido, esto es, por la alta complejidad de quienes integran la sociedad y los varios roles que asumen los ciudadanos.

El análisis de los casos también reveló que los jueces de la Unidad Judicial de Tráfico no empleaban el deber objetivo de diligencia para evaluar si el acusado era o no responsable de la comisión del presunto delito cuando juzgaban casos de infracciones de tráfico, los jueces se han limitado a valorar el hecho a la hora de aplicar la ley, centrándose únicamente en la falta de precaución, obviando factores como la previsibilidad, la evitabilidad, el incremento del riesgo y la finalidad de protección de la norma, con los que tendrían mayor acierto a la hora de determinar la responsabilidad penal en el caso de delitos culposos a la hora de conocer el hecho y su condena.

Finalmente, que la teoría de la imputación objetiva necesita comprobar la existencia de un nexo causal entre la conducta típica y el resultado antijurídico; adicional a esto se requiere que este nexo causal una vez comprobado complazca lo que exige el tipo penal sobre el cual versa la Litis”. (Arteaga, 2018, p. 102).

Quintero (2020) Cucuta, Colombia, presentó su tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Penales, titulada: “Delimitación de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima desde una perspectiva constitucional”, ante la Universidad Libre de Cúcuta en la Ciudad de Cúcuta en la República de Colombia.

La investigación tuvo como objetivos demostrar que, desde una perspectiva constitucional, la posición de garantía como elemento para establecer la configuración de la ausencia de responsabilidad denominada acción a propio riesgo, tendencia expresada por la Corte Suprema de Justicia, es ajeno, innecesario y carece de fundamento constitucional. “La postura del tribunal obedece a un error dogmático de la alta corte, razón por la cual, se realiza una propuesta de elementos más armonizados con la Constitución Política”. (Quintero, 2020, p. 4).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

La sala de Casación penal ha exigido unánimemente la inexistencia de posición de garantía para la configuración de las acciones a propio riesgo partiendo de errores dogmáticos al mezclar teorías incompatibles como las de Roxin y Jakobs; y una ausencia de fundamentación y falacias de petición de principio en la exigencia de tal requisito pues no ha justificado su inclusión desde la ley o la Constitución y,



según se explicó, el fundamento teórico sería, además, un completo desatino. (Quintero, 2020).

Pazmiño, J. (2016) Guayaquil, Ecuador, presentó su tesis para optar el título de abogado titulada: “Imputación objetiva y COIP”, ante la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en la Ciudad de Guayaquil en la República del Ecuador.

La investigación tuvo los siguientes objetivos: “Determinar los presupuestos de la acción típica, he ahí que se le sitúe dentro de la tipicidad. Pero, en la determinación de esos presupuestos normativos existen divergencias. La necesidad que tiene el Derecho Penal de proteger bienes jurídicos” (Pazmiño, 2016, p. vi).

La investigación tuvo las siguientes conclusiones:

La positivización de la imputación objetiva dentro del Código Orgánico Integral Penal, como aquí se defiende, tiene efectos favorables dentro del sistema penal ecuatoriano ya que es una superación de las anteriores escuelas causalistas y finalistas por una funcionalista hoy dominante. Si bien es cierto, “no se concretiza cuál es la imputación objetiva que se sigue, no es menos cierto que no es deber del legislador establecer parámetros teóricos en concreto, sino más viene ese ámbito de aplicación sería un problema solucionable en la jurisprudencia”. (Pazmiño, 2016, p. 29).

## **1.2. Bases teóricas**

### **1.2.1. Ubicación sistemática de las conductas neutras de la TPR en la teoría del delito**

Es importante entender que la relevancia penal de las conductas neutras se encuadra en el ámbito del tipo objetivo porque, a la hora de valorar la idoneidad o relevancia de esta forma de conducta en el plano del tipo de participación ilícita, lo que se hace es analizar la relevancia del riesgo desde el punto de vista del objetivo que estas conductas suponen para los intereses o bienes penalmente protegidos.

Dado que esta teoría ha destacado en el ámbito de las conductas de autoría mediata, se entiende que corresponde a la teoría de la imputación objetiva aportar los criterios relevantes para su delimitación, ya que no basta con que una persona tenga dolo y causalidad para que se le pueda imputar responsabilidad penal por los efectos negativos de su acción, es decir, la vieja fórmula “dolo + causalidad = responsabilidad penal” con la comprensión actual del derecho penal, ya no es aplicable.

En otras palabras, lo que importa es si el componente objetivo de una forma de participación alcanza o no este tipo de comportamiento, no si una conducta puede calificarse o no de neutral. Se trata de definir los límites del Derecho penal a la luz de los lugares relacionados con la normalidad, en palabras de Hassemer. O dicho en palabras de Robles (2015): “se trata de establecer los límites de la libertad de organizar” (p. 87).

En ese orden de pensamientos, el delito contiene los elementos de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Por lo que la ubicación, de las conductas neutras se encuentran en la tipicidad objetiva. Como se sabe, existen principios limitadores del

Derecho Penal, lo cual nos conlleva a sostener que cualquier conducta cometida por un ser humano, no puede ser catalogada como delito (Robles, 2015).

En efecto, dichos principios limitadores del Derecho Penal, se encuentran en la doctrina del Derecho Penal Parte General, y los más importantes se ubican en el título Preliminar del Código Penal peruano, ese es el caso por ejemplo de uno de los principios más importantes del derecho penal y que limitan el ius puniendi del Estado, como es el caso del principio de legalidad (Robles, 2015).

### **1.2.2. La teoría de Frank acerca de la TPR**

De acuerdo con Feijoo (2002), la clásica "TPR" expuesta por Frank, según la cual no se penaliza ningún favorecimiento descuidado de una conducta dolosa y culpable, no puede aceptarse como norma universal. Frank llega a esta conclusión basándose en que “una condición previa de una condición que se dirige libre y conscientemente” (voluntaria y delictivamente) al desarrollo de un resultado no puede considerarse como la causa del resultado habitual.

“Según este autor, quien crea una precondition de esta especie sólo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación”.

Otros argumentos que se han ofrecido posteriormente por los partidarios de esta formulación del instituto de la “TPR” no son más que redundancias, argumentaciones circulares sobre la misma idea:

- a) imprudentemente no se puede dominar un suceso en el que existe un autor doloso;

b) la forma más fuerte de imputación (acción dolosa) excluye la forma más leve de imputación;

c) mediante la intromisión de un hecho doloso se interrumpe el nexo de imputación entre el actuar imprudente y el resultado. (Feijoo, 2020, p. 359)

El Código Penal peruano establece que la participación delictiva, como es el caso de la complicidad primaria y secundaria deberán ser dolosas. Es por ello, que no se admite una complicidad primaria o secundaria culposa o complicidad imprudente.

En ese orden de ideas, un comportamiento en el cual un imputado actúe, por ejemplo, infringiendo un deber objetivo de cuidado, no podría ser considerado según la legislación penal peruana, como complicidad primaria culposa ni tampoco como complicidad secundaria culposa.

Asimismo, se debe mencionar que no es solamente el caso de la complicidad que deberá ser dolosa, sino que también el Código Penal sustantivo, establece que la instigación o denominado como inducción, deberá ser dolosa para que sea sancionada. Entonces, no se admite en la legislación penal peruana, la instigación culposa o imprudente.

### **1.2.3. Las conductas neutras en la TPR**

Para Guillermo (2015) se denomina en la doctrina "conductas neutras", "cotidianas", "estándar", "socialmente estereotipadas", "conducta social profesionalmente adecuada", "asuntos normales de la vida diaria", "conductas inofensivas", "conductas sin significado penal", "conductas acordes con el ordenamiento jurídico", etc.

En este punto, la pregunta obvia es: ¿Qué son los comportamientos neutros? Podrían describirse como aquellas acciones estereotipadas, ofensivas y legalmente sancionadas que se llevan a cabo a sabiendas de que pueden poner en peligro los derechos legales de otra persona. Aparte de poner a prueba una teoría, creo que es importante señalar que este tipo de comportamientos comparten dos características. Por un lado, son acciones que se llevan a cabo (el componente objetivo) de forma coherente con un papel, norma o estereotipo.

Por otro: “existe el conocimiento por parte de la persona que las realiza de su idoneidad para producir un resultado delictivo (aspecto subjetivo). Ambas características integran el concepto de conductas neutras”. (Guillermo, 2015, p. 94).

En efecto, la conducta neutral es aquella conducta que realiza una persona de acuerdo al rol o roles que desempeña en la sociedad, por ejemplo, es abogado durante la mañana desempeñándose conforme al rol de un profesional del derecho, por la tarde es un docente universitario ejerciendo el rol conforme lo establece la ley universitaria, y por la noche es un periodista ejerciendo su rol, laborando como comunicador social en la televisión informando con veracidad las noticias.

#### **1.2.4. Evolución de la TPR**

De acuerdo con Roxin (2014), anteriormente “era muy defendida la concepción de que la relación causal se vería interrumpida por la intermediación de un autor que actúa dolosa y culpablemente”.

El segundo argumento tradicional, según el cual se trataría de una participación impune debido a que el legislador solamente habría querido penar la participación dolosa como instigación o complicidad, presupone erróneamente que en los delitos

culposos de resultado sería absolutamente posible una diferenciación entre autoría y participación. Esto es incorrecto pues los criterios de autoría (sea que se la vea solamente en el dominio del hecho o en la voluntad del autor), al igual que las definiciones legales de la instigación y de la complicidad, están hechas a la medida de los delitos dolosos y no pueden ser trasladadas a los hechos culposos.

El tercer argumento proviene de Frank, quien también ha acuñado el concepto de “TPR”: este autor encuentra un “reconocimiento positivo – jurídico” de la TPR en el art. 26 (inducción) C.P. “pues en otro caso el instigador sería simplemente un autor. Pero la peculiaridad de las condiciones previas excluidas del ámbito causal tiene que enfatizarse incluso en lo puramente psicológico: ellas sólo pueden desarrollar su fuerza causal a través de la mediación de una voluntad humana, de cuyas decisiones depende el que aquellas sean transmitidas, es decir, “de una circunstancia que se encuentra en aguda oposición con el naturalismo, tal como p. ej. se presenta en el tiro efectuado por un jugador de billar con su taco” (Roxin, 2014, p. 307).

En este último caso, la causalidad es transmitida físicamente; en el primero psicológicamente. Pero la suposición de que determinados tipos de causalidad (aquí: aquella que es transmitida físicamente) no puedan fundamentar una punibilidad se opone tanto a la teoría de la equivalencia como a la doctrina de la interrupción de la relación causal. Tampoco Frank puede sostener siquiera su concepción de que “una causalidad transmitida psíquicamente sería siempre impune (sin considerar a la instigación y eventualmente a la complicidad) al declarar que la TPR no sería aplicable en los autores inimputables o solamente imprudentes”. (Roxin, 2014, p. 307).

El origen de la TPR, explica que fue el célebre jurista alemán Frank quien expresaba que el favorecimiento culposo de una conducta dolosa es impune.

El jurista Frank se basaba en que era impune el favorecimiento culposo en el comportamiento doloso, debido a la teoría de la interrupción del nexo causal, que en la actualidad ha caído en desuso dicha teoría.

Según Villavicencio (2006), en el Derecho penal se experimenta “una evolución de esta teoría desde su antigua formulación entendida como una condición previa para limitar a la causalidad, hasta la actual en el marco de la imputación objetiva. En su formulación original, se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso” (Villavicencio, 2006, numeral 17).

El principio de TPR tiene como característica fundamental a la conducta de un ciudadano considerada inocua e inofensiva para un bien jurídico protegido por el derecho penal peruano ha sido efectuada al realizar su rol o roles que siempre ha ejercitado la persona en la sociedad.

#### **1.2.5. Criterios de imputación en la TPR**

Para Guillermo (2015):

1. Averiguar si alguien ha incumplido su deber legal o su posición, por oposición a su papel social, en una situación dada es la cuestión clave. En conclusión, el criterio del rol es muy prometedor para explicar esta cuestión; no obstante, el contenido del rol viene determinado por la norma y no por las prácticas o normas comunes o incluso por las tradiciones sociales. Lo que está permitido y lo que no está permitido lo define la norma penal.

2. A este respecto, conviene distinguir si el comportamiento investigado forma parte de un sector muy regulado o, por el contrario, el hecho se sitúa en sectores que no están precisamente regulados, es decir, con un amplio margen de libertad de acción u organización. Tal determinación puede hacerse en relación con el tráfico de automóviles, las instalaciones médicas, etc.

3. Es importante tener en cuenta cuándo se ha producido este comportamiento. A título ilustrativo, vender cuchillos, destornilladores u otros objetos peligrosos suele estar dentro del rango de riesgo aceptable; sin embargo, vendérselos a alguien que se está peleando y suplica un cuchillo ya representa una violación del deber de no causar daño a los demás (un aspecto negativo de la función general de un ciudadano).

La valoración de la contribución a la disponibilidad o calidad del acto común. Es posible que el primer actor suministre un bien siendo consciente del daño potencial de sus acciones, pero debido a la ventaja completamente universal que ofrece, su contribución carece de sentido desde el punto de vista del Derecho penal.

4. El contexto en el que se produce una "conducta neutra" es crucial a la hora de analizar todas sus presunciones porque, como es bien sabido, la conducta depende del contexto, lo que hace difícil señalar los límites precisos de una TPR en una situación determinada.

5. Las competencias de conocimiento están delimitadas por el rol. Así al igual como hemos procedido anteriormente, si el hecho analizado



pertenece a sectores altamente regulados, los conocimientos exigidos son los establecidos por las normas, no pudiendo exigirse conocimientos superiores en el juicio de imputación. (Guillermo, 2015, p. 104 al 109).

Así, por ejemplo, un periodista, ejerce su rol en la sociedad, teniendo a su vez deberes que cumplir y evitando siempre la vulneración del rol jurídico en el ejercicio de sus labores en el periodismo.

En ese orden de ideas, el periodista tiene el derecho a la libertad de expresión, al derecho a la información y a su vez a la libertad de información, desempeñando su rol en la sociedad evitando caer en la vulneración del rol jurídico, por ejemplo, no violar el honor de las personas, incurriendo en delito de difamación o calumnia e injuria.

#### **1.2.6. Imputación objetiva de la conducta y la imputación objetiva del resultado**

La imputación objetiva de la conducta contiene una serie de principios que nos permitirá utilizarlos para determinar fehacientemente si se le puede imputar objetivamente o no al agente por una conducta. Del mismo modo, la imputación objetiva del resultado también contiene un conjunto de principios a tener en cuenta para establecer si se le puede atribuir objetivamente o no al agente por un resultado

Para Villavicencio (2006) aplicando cualquiera de los siguientes principios -riesgo permitido, disminución del riesgo, principio de confianza, TPR y alcance de la responsabilidad de la víctima- es posible descartar la imputación objetiva y determinar si se ha creado o no un riesgo legalmente prohibido.

Los criterios normativos sugeridos por la teoría de la imputación objetiva no sólo se refieren a la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también proporciona pautas para precisar que, una vez confirmada la tipicidad de la conducta, el resultado producido puede ser imputado a la conducta (imputación objetiva del resultado). Se trata de explicar el resultado obtenido, y el resultado sólo puede relacionarse con la conducta cuando ésta es el factor causal determinante, por lo que el análisis es crucial cuando existe una segunda explicación posible además de la conducta típica, como un accidente o el comportamiento de un tercero. Relación de riesgo, nexos causales desviados, interrupción del nexo causal, resultados producidos a largo plazo, fin de protección de la norma penal, imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto, cumplimiento de deberes de función o de profesión, obrar por disposición de la ley, consentimiento (Villavicencio, 2006).

El principio de TPR, es uno de los principios más importantes de la imputación objetiva de la conducta y sirve muchísimo para que el abogado defensor de un imputado fundamente y demuestre mediante la interposición de una EIA que el hecho denunciado no constituye delito por tratarse de una conducta atípica.

Para Villa (2014), “la propuesta principal de la teoría de la imputación objetiva es que afirma que una conducta solo puede ser imputada cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado”. (p. 298).

Por eso, mientras el ciudadano cumpla adecuadamente determinado rol o roles en la sociedad, y con su comportamiento no lesione ni ponga en peligro ningún bien jurídico protegido por la ley penal, no tiene porque, responsabilizarse por conducta de terceros.

### **1.2.7. Concepto del Principio de la TPR**

La TPR es para Bacigalupo (2004) un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales, pero que están fuera del interés del Derecho penal. Puesto que no se discute la causalidad en estas situaciones, la TPR ya no se expresa como una negación del carácter causal de las "condiciones previas de una condición" en su forma actual. En circunstancias en las que la causa (o "condición previa" en opinión de Frank) ha sido establecida por alguien que no es responsable del resultado "que es directamente producido por un tercero o es imputable a la propia víctima", se trata ahora de omitir la imputación. Dicho con otras palabras: la imputación sólo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado (se trate de un autor activo u omisivo)". (Bacigalupo, 2004, p. 269).

Entonces, un fiscal como titular de la acción penal, no debe imputar la responsabilidad penal por un determinado delito, cuando la conducta de la persona se ha mantenido dentro del ámbito de su rol o roles en la sociedad, por lo que no será responsable penalmente así exista otra persona que ha aprovechado dicha conducta neutral de un ciudadano para cometer una infracción punible.

Cuando se sugiere que una acción estereotípadamente no se considera pertenencia a una participación ilícita, se prohíbe "el regreso". Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo (Villa, 2008). Un ejemplo típico es el taxista que se ofrece servicialmente a llevarle al lugar del crimen. O la persona que permite que un desconocido utilice su coche o su equipaje para el tráfico de estupefacientes. O el notario público, que convierte en escritura pública una minuta

aprobada por un abogado que contiene un acto lícito que imita un comportamiento ilegal.

Quien se comporta dentro de los límites de un rol social estereotipado o inofensivo, sin traspasar esos límites, no supera el riesgo permitido, sino que su comportamiento es neutro y constituye parte del riesgo permitido, ocupando un espacio libre de responsabilidad jurídico-penal y sin posibilidad de elevarse al nivel de participación punible, de manera que si dicha conducta es empleada “por terceras personas con finalidades delictivas, la neutralidad de la conducta adecuada al rol prevalece, no siéndole imputable objetivamente al portador del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, en aplicación del principio de TPR”. (Villa, 2008, p. 237).

Es así que cuando el Fiscal verifique que un imputado ha sido investigado por un comportamiento inocuo, inofensivo para un bien jurídico penal deberá realizar el requerimiento de sobreseimiento, o también, si a pesar de ello llegara a acusar el representante del Ministerio Público, el Juez Penal deberá absolver al imputado, por carecer la conducta del imputado de relevancia penal.

Del mismo modo, se acostumbra en la práctica procesal penal peruana, que el fiscal abra investigaciones preliminares que vienen a estar comprendidas dentro de la investigación preparatoria, por lo que en esos casos se abre investigación por meras sospechas de la comisión de un delito, es así que al verificar el fiscal que se trata de un comportamiento inocuo, inofensivo para un bien jurídico protegido por la ley penal peruana, deberá dictar la disposición de archivamiento.

## **Jurisprudencia:**

Incluso si el acusado tuviera conocimiento de la ilegalidad de los actos cometidos por sus contratistas en algún momento de la acción, esto no es prueba suficiente para apoyar una ampliación del delito porque se ha establecido que el acusado sólo estaba actuando en el curso de su empleo como taxista. En consecuencia, esta conducta debe considerarse inocua porque ni siquiera es conceptualmente equivalente al delito de robo con agravantes (R.N. N° 4166-99, del 7 de marzo del 2001).

Que para determinar la contribución típica del partícipe es importante tener en cuenta que, tal como lo señala la doctrina jurídico penal, éste tiene un radio de acción cotidiano e inocuo, y que sólo cuando se realizan planes ajenos adquiere un curso causal dañoso, siendo necesario distinguir entre sus propias intervenciones y la creación de un ambiente en el que otros realizan el tipo; que, en efecto, aun cuando los cheques provengan de bancos distintos al Banco de Crédito, ordenar el cobro o, en su caso, recibir cuatro cheques, aprobarlos y hacerlos efectivos por esta vía, y solicitar que el monto correspondiente sea depositado en la cuenta personal en el banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, constituyen operaciones bancarias de la competencia del Jefe de Banca Personal I y no pueden ser consideradas en sí mismas como actos idóneos de facilitación o apoyo. (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre del 2004, R.N. N° 2270-2004 – La Libertad).” (p. 154 al 156).

Recordemos, que la TPR es uno de los principios que integra la imputación objetiva de la conducta, al igual que los principios del “riesgo permitido, la disminución del riesgo, el riesgo insignificante, el principio de confianza, y el ámbito de responsabilidad de la víctima”. Melgarejo (2014).

Respecto a la TPR, Melgarejo (2014) “afirma que la imputación sólo alcanzará a quien es garante de la evitación del resultado, los demás no pueden responder por las demás posibles afectaciones del bien jurídico. Es por ello que se excluye de la imputación aquellos resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos”. (Melgarejo, 2014, p. 281).

Por eso, para determinar si una conducta es típica o que no es típica, es decir, para realizar la imputación objetiva a alguien se debe analizar previamente, si la conducta que se cometió tiene un riesgo permitido, o si mediante el comportamiento efectuado se ha disminuido el riesgo, o si al realizar la conducta existió un riesgo insignificante, o es aplicable a la conducta incurrida el principio de confianza, principio de TPR por ser inocua e inofensiva o si se encontraba bajo el ámbito de responsabilidad de la víctima. Por lo que sí es aplicable cualquiera de los principios mencionados a la conducta del agente no se le podrá imputar objetivamente un hecho delictuoso (Melgarejo, 2014).

Por lo tanto, aunque el otro incardine este vínculo en una organización ilícita, “quien asume con otro un vínculo que es estereotípicamente inocuo no rompe su posición como ciudadano”. En consecuencia, existe una TPR, cuya esencia es que la participación en una organización ilícita no está constituida por una actividad estereotipadamente inocua (Jakobs, 1997).

No se pretende explorar qué clasificación debe tener este campo de imputación objetiva de conductas, sino discutir su objeto: situaciones en las que un autor convierte en delictiva una conducta de un tercero que no tiene necesariamente implicaciones penales.

Incluso cuando la intención delictiva de la otra persona es evidente, la prohibición de devolver sigue siendo válida, ya que en estas situaciones el comportamiento estereotipado no tiene relevancia penal. Por lo tanto, aunque se sepa que el vecino planea utilizar la herramienta para dañar la propiedad de otra persona, no pasa nada por darle una herramienta común.

En ese orden de pensamientos, reiteramos que mientras el ciudadano haya realizado el rol o roles a los cuales siempre se ha dedicado siempre, y que no haya puesto en peligro ni vulnerado ningún bien jurídico protegido por la ley penal, su conducta no tendrá relevancia penal, por ser inofensiva e inocua, a pesar de que otro persona se haya aprovechado de esta conducta inofensiva y la haya desviado orientándola hacia la comisión de un hecho punible, por lo que al primer ciudadano que hizo la conducta neutral e inofensiva no le alcanzará ninguna responsabilidad penal.

#### **1.2.8. Conducta neutral e infracción de deber de solidaridad mínima**

Siguiendo a Villavicencio (2006):

La TPR se relaciona con la participación en las que se desarrollan diferentes supuestos. En todo caso, sólo de un modo subsidiario puede surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca una

situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que puede entenderse como una infracción de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de auxilio (artículo 127, Código Penal) u omisión de denuncia (artículo 407, Código Penal). (p. 329).

### 1.2.9. Principio de TPR y el cumplimiento del rol en la sociedad

Según Polaino (2015): “El **ejercicio del rol es una garantía para el titular del mismo** que blindo su figura al cumplir con las expectativas sociales”. El principio de TPR plantea en la moderna teoría de la imputación objetiva lo siguiente: **¿puede imputarse a alguien participación en un delito no obstante estar ejerciendo su propio rol social?**

Estos supuestos de **TPR** presentan, pues, la siguiente estructura:

un sujeto realiza una conducta en ejercicio de su rol y en ese sentido se dice que su conducta es **neutral o estereotipada**; pero sucede que otro sujeto emplea esa conducta en su beneficio concediéndole un **sentido delictivo**. La pregunta que se plantea es, pues: ¿mantiene la conducta de quien ejerce el rol su originario **sentido neutral** (adecuado al rol, socialmente inocuo) o pierde ese sentido pasando a ser un **comportamiento teñido de sentido delictivo**? (Polaino, 2015, pp. 397 al 399).

Ejemplos: **Caso del deudor**: A debe a B la cantidad de mil dólares cuyo vencimiento cumple hoy. Dentro de plazo, A satisface la deuda. A sabe que B está aguardando el dinero para cometer un hecho ilícito (por ejemplo: traficar con droga o comprar ilegalmente un arma de



fuego). Aun así, como era su deber (rol) A paga. B tras recibir el dinero trafica con droga o compra el ¿Es A partícipe de esos delitos solo por su conocimiento? (Polaino, 2015, pp. 397 al 399).

**Caso de los magistrados:** Un tribunal compuesto por varios magistrados juzgan a unos terroristas. La banda arma a la que pertenecen emiten un comunicado amenazando con matar a un conocido político si continúan adelante con el proceso. Los magistrados, sabedores de la amenaza, condenan a los terroristas. Al día siguiente asesinan al político. ¿Responden por ese asesinato los magistrados que, en ejercicio de su rol, condenaron a los terroristas?

En estos casos se ve claro que el conocimiento no es suficiente para la imputación del delito de resultado material (garante). Todo lo más se podría imputar, por ejemplo, al deudor que paga la deuda un delito de omisión de denunciar la comisión de delito, esto es: de un delito de **solidaridad mínima** (¡no de garante!), para el cual **es indiferente** que haya entregado o no el dinero, es decir: que esa conducta de pagar la deuda sigue siendo **neutral** y no tiene, por tanto, el sentido delictivo de **financiar un delito**. Del mismo modo, el taxista tampoco respondería como partícipe del robo, aun cuando conociera que los jóvenes viajeros estaban robando. Porque hacerle responder del robo sería **variar su rol in malam partem**: o sea, sería imponerle ex post una nueva obligación de un **nuevo rol** (el de “ángel de la guardia” o “policía” que controla a sus viajeros) que él en tanto taxista, no tendría”. (Polaino, 2015, pp. 397 al 399).

Por ejemplo, si tres personas son las responsables de seleccionar y nombrar en determinado cargo a un postulante a un cargo público, tendrán que dirigir correctamente el proceso en la comisión de selección y nombramientos, por lo que estas tres personas son las que tienen la responsabilidad de realizar el examen escrito calificándola con una nota y evaluar también colocando correctamente la nota que le corresponde en el *curriculum* del aspirante al cargo público, lo cual si da el caso de que posteriormente es cuestionada esas notas del examen escrito y *curriculum* del postulante, que colocaron esos tres miembros de la comisión de selección y nombramiento, no tiene por qué atribuírsele responsabilidad penal a otra persona distinta a los tres de la mencionada comisión, porque no formó parte de esa comisión de selección y nombramientos, y por lo tanto, no tuvo acceso a la forma como los tres integrantes de la comisión de selección y nombramientos colocaron ellos la nota del examen escrito y la nota del *curriculum*.

En efecto, el rol, de una cuarta persona ajena a la comisión de nombrar funcionarios públicos, era solamente participar solamente en la entrevista del aspirante, y en virtud del principio de confianza convalidar las notas colocadas en el examen escrito y curricular que fueron realizadas por los tres integrantes de la comisión de selección y nombramientos.

Más aún si se tiene en cuenta que los tres miembros de la comisión de selección y nombramiento, tenían la exclusividad del 80 % del total que valía un nombramiento de un aspirante, ya que el examen escrito valía 50 % y la evaluación curricular 30 %.

En efecto, la cuarta persona, no tenía facultad ni era su rol para introducirse a la comisión de selección y nombramientos y calificar el examen escrito, eso le estaba

prohibido, además tampoco fue su rol calificar el *curriculum* del aspirante, porque también le estaba prohibido.

En consecuencia, el funcionario público ajena a la comisión de selección y nombramientos, ha desempeñado correctamente su rol que le correspondía realizar, conforme, al reglamento, el cual era, aprobar los informes de la comisión de selección y nombramiento en virtud del principio de confianza, e intervenir solamente en la entrevista para que posteriormente, y conforme al orden del cuadro de méritos proceder a votar, lo cual era por unanimidad porque se nombraba respetando la posición de los primeros lugares y teniendo en cuenta la supuesta meritocracia.

Siguiendo a Caro (2003), en los casos en que la contribución neutral "favorezca una situación de peligro para un tercero o para la comunidad, lo que puede entenderse como una infracción de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de socorro u omisión de denuncia, sólo secundariamente podría derivarse responsabilidad penal para quienes actúan neutralmente". (p. 105).

Por supuesto, incumplir un deber en nombre de una autoridad pública constituiría un delito de incumplimiento de un deber. Tal conducta delictiva conlleva una pena de hasta dos años de prisión y de treinta a sesenta días de multa.

Por otro lado, cuando se trata de presuntas organizaciones criminales, el fiscal debe determinar el grado de participación de los imputados, por lo que algunos tendrán la condición de ser los líderes de la organización criminal. De esta manera, algunos serán los autores directos, autores indirectos, coautores, instigadores, y finalmente los cómplices primarios y cómplices secundarios.

En cuanto a la complicidad de una persona involucrada en un hecho delictuoso, tendrá que ser una complicidad dolosa, porque no se sanciona en el Perú lo complicidad culposa, debido a que el artículo 25 del Código Penal peruano primer párrafo contempla la complicidad primaria, la cual establece que cuando alguien ayuda a sabiendas a la comisión del hecho delictivo, sin lo cual no se habría cometido, demuestra complicidad. Además, existirá complicidad secundaria, disminuyéndose prudencialmente la pena para las personas que, en cualquier otra circunstancia, hubieran ayudado dolosamente. López (1996) “el riesgo creado por la complicidad es, por ello, un riesgo de favorecimiento de la realización del hecho principal, en la medida en que la conducta del cómplice sea idónea para elevar las posibilidades de éxito del autor”. (p. 232).

Entonces, en la participación delictiva, y específicamente en el caso del autor se debe evaluar si él agente ha creado o no un riesgo jurídicamente no permitido.

Para Feijoo (2002), una conducta de autoría es aquella que más directamente se enfrenta a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, “la que en necesidad más perentoria, una urgencia mayor en impedir, la que de modo directo (que no hay que confundir de inmediato), lesiones o ponga en peligro descrito por el tipo el bien jurídico protegido por el mismo”. (Feijoo, 2002, p. 342).

Si la conducta del ciudadano, se encuadra correctamente en el rol o roles que tiene en la sociedad, y al realizar una conducta inofensiva, neutral que no lesiona y ni siquiera pone en peligro un bien jurídico protegido por el Código Penal peruano, habrá que argumentar que es de aplicación al caso el principio de TPR y en consecuencia no se le puede atribuir ningún tipo de responsabilidad penal.

Conforme a Lamas (2012) “Ahora, la TPR sirve como criterio para limitar la imputabilidad de conductas que son estereotipadamente inocentes, rutinarias, neutras o aburridas y que no implican la participación en el delito cometido por un tercero”. (164 y 165).

No en vano, en todo Estado que respeta la presunción de inocencia, el debido proceso, y demás principios constitucionales que también se encuentran contemplados en el Código Penal, la TPR es un fundamento adecuado para lograr que el proceso penal sea archivado definitivamente.

Para Benavente (2021):

La TPR es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación.

Las formas de aparición de la TPR pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar, están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización. (p. 64 y 65).

El segundo supuesto de TPR excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que al autor no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación conoce de los planes delictivos del autor, ya que

objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder". (p. 64 y 65).

Cualquier persona puede verse involucrado en un hecho punible, a pesar de no haber contribuido con la realización del delito, el fiscal en el Perú acostumbra abrir una investigación preliminar por sospechas de comisión de un hecho punible y es que lo ocurrido debe ser esclarecido y así poder determinar la distinta participación de sus autores y cómplices, como también, excluir del proceso penal, a aquellas personas que han tenido una conducta inocua, inofensiva para un bien jurídico protegido por el Código Penal peruano.

García (2008) considera que el más adecuado para justificar la TPR es el criterio de los ámbitos de responsabilidad:

Como ya lo hemos precisado, la responsabilidad penal en los delitos de dominio se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otro. Esta organización defectuosa puede haber sido creada por una sola organización o como resultado de la colaboración de varias organizaciones. En el caso de una organización conjunta, es necesario que esta contribución tenga el significado objetivo de producir consecuencias delictivas. No basta con que se contribuya (dolosamente) al hecho. La violación de la responsabilidad fundamental de un ciudadano mediante la introducción de un riesgo ilícito confiere a esta acción su significado objetivo.

No obstante, los problemas de prueba y la diferencia de soluciones por datos simplemente accidentales del caso concreto que ofrece esta solución basada en consideraciones hipotéticas han llevado a que la doctrina penal mayoritaria busque actualmente fundamentar la limitación de la TPR en un plano más allá que el causal, es decir, en la tipicidad objetiva de la conducta.

Los criterios ofrecidos por la doctrina penal para decidir la tipicidad objetiva de un aporte profesional o estereotipado son de distinto orden. Unos recurren a criterios cuantitativos como, por ejemplo, “que el comportamiento del partícipe sea esencial para la realización del hecho principal” o “que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico”. Otros recurren, más bien, a criterios cualitativos como “la solidaridad con el autor” o “que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva”. En una variante intermedia, algunos autores utilizan un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo. Como puede verse, existe una amplia paleta de alternativas que lleva a reducir sustancialmente la posibilidad de consenso en la solución del problema de los límites de la TPR. (p. 340 al 344).

A propósito del tema, debemos tener en cuenta, que es el Código Penal peruano, el que establece mediante un sistema de numeración abierta las conductas dolosas, y, asimismo, mediante un sistema de numeración cerrada el Código Penal preceptúa que conductas son consideradas como delitos culposos.

Del mismo modo, debemos tener en cuenta, que en la actualidad todo delito tiene dos formas de tipicidad. Es así que la primera tipicidad es la tipicidad objetiva la

cual contiene los elementos constitutivos que están descritos en la ley penal y que establece determinada conducta delictiva; y la segunda tipicidad, es la tipicidad subjetiva, ya que el delito podrá ser doloso o culposo.

Por eso Polaino (2015) refiere que “la existencia o no de un delito depende de una **infracción objetiva** de un **deber inherente** a un rol, pero **no** de un **aspecto subjetivo** como es el **conocimiento**”:

El rol es, siempre, una **garantía** para quien lo **realiza**, pero es algo más: es un **modo de posibilitar los contactos sociales**. Por ello, si al ciudadano que ejerce su rol puede desposeérsele de la protección que el mismo acarrea por el hecho de que **sabía** algo o por la circunstancia de que su prestación es aprovechada por otros para cometer un delito entonces se está situando en una **posición de gran debilidad a la persona**, y se le está **desprotegiendo arbitrariamente** por el hecho de adecuar su comportamiento a la norma jurídica. Y, además: con ello, se está imposibilitando que los contactos sociales se **mantengan** dentro de un mínimo nivel de estabilidad y de seguridad. (p. 399 al 401).

Del delito en cuestión responden quienes configuraron su ámbito de organización de tal manera que **infringieron deberes** pertenecientes a **su rol** y determinaron que se produjera una lesión. Pero **no responden** en cambio (TPR) quienes realizan **aportes cotidianos neutrales** en ejercicio de su rol ni quienes acceden a determinados **conocimientos**, no obstante ser dichos aportes configuradores objetivamente de un suceso delictivo. (p. 399 al 401).



Quien realiza una conducta neutral o estereotipada, una acción cotidiana, no puede verse perjudicado con una imputación si otra persona infringe sus deberes y configura aprovechándose de esa participación un hecho delictivo. La TPR se basa en un elemento fundamental: la conducta del **titular del rol** ha de estar teñida de neutralidad y una conducta es **neutral** cuando precisamente se realiza en el seno del ejercicio de un **rol social**, o lo que es lo mismo: una conducta neutral (adecuada a un rol) es aquella que, por definición, **carece de sentido delictivo**. De ese modo, si alguien, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está conminado a controlar los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco a evitarlo, porque excede de su **ámbito de competencia**.

En dos palabras: **el sujeto no responde porque no es garante de lo que el autor haga con su aportación**. Sólo así, manteniendo el efecto liberador y limitador de la imputación en que consiste la TPR, **puede mantenerse el contacto social dentro de parámetros sociales normales**, de manera que **el sujeto que ejerce el rol no responde como partícipe porque obra dentro del riesgo permitido**". (p. 399 al 401).

Recordemos, que en la vida hay numerosos riesgos que están permitidos, ya que la vida misma es sujeta a permanentes riesgos diarios, por ejemplo, el conducir un vehículo motorizado, el viajar en avión o por tren, o el practicar frecuentemente diferentes deportes como el fútbol, basket, vóley, béisbol, etc.

### **1.2.10. El principio de TPR como parte de la imputación objetiva de la conducta**

En la actualidad la TPR se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero (Villavicencio, 2006).

Ejemplo: Aunque el cliente comunique al vendedor su intención de matar a alguien con el cuchillo de cocina, el vendedor no incumple sus obligaciones. Por otra parte, la posible experiencia específica del sujeto (formación, formaciones únicas) no debe tenerse en cuenta.

Por ejemplo, “un estudiante con conocimientos avanzados de biología que trabaja como mozo en un restaurante y al momento de servir un menú, se percata de la existencia de una sustancia venenosa y a pesar de ello lo sirve”. (Villavicencio, 2006, p. 328).

Aquí radica la importancia del tema del principio de la TPR, porque se ha desarrollado en la doctrina europea, principalmente en Alemania, con autores de la talla de Claus Roxin y Gunter Jakobs, y aparece en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia como jurisprudencia.

La “TPR” es posteriormente reelaborada, “al fijar límites de imputación delictiva al tipo objetivo, de excluir de responsabilidad aquellos resultados que no tienen relación con determinados deberes de la vida social”. (Peña Cabrera, 2017).

Dicho de otro modo: no puede haber participación criminal, si el sujeto actuó en el marco de su rol como ciudadano, es decir, no infringió deber alguno en cuanto no le incumbía el desarrollo de una conducción de un ámbito de organización ajeno. Jakobs, aplicando la

TPR, excluye la imputación objetiva del resultado, en el caso del taxista que traslada a un sujeto a una sucursal bancaria en la que éste comete el delito contra la propiedad, sin hacer nada más que un servicio de transporte normal, en particular sin haberse concertado con el autor, conociendo su propósito (Peña Cabrera, 2017).

Es de verse, entonces, que una acción será cotidiana siempre y cuando se realice en un determinado contexto y, dependiendo del conocimiento que tenga el colaborador de las circunstancias concretas de la acción, partiendo también de un rol de ciudadano. Sólo podría excluirse la responsabilidad penal en el ámbito de la inexigibilidad, en cuanto a un miedo insuperable que no permite una motivación normativa normal por parte del sujeto, en razón a las características excepcionales del evento, por lo tanto, la sustracción del ámbito de punición sólo puede proceder en razón al juicio de imputación individual.

La "TPR" trata de la participación dolosa o culposa de un tercero en la creación de una infracción penal; en consecuencia, la TPR es un criterio de imputación que restringe la asignación de responsabilidad por determinadas conductas que pueden haber sido causales pero que no están contempladas en la ley penal. De acuerdo con este concepto, la imputación se descarta en situaciones en las que la causa ha sido asignada por una persona que no es responsable del resultado que fue causado directamente por un tercero o que es imputable a la víctima. En palabras de Frisch:

Sólo el individuo que es garantía de la evitación del resultado se ve afectado por la imputación, v.gr. el vendedor legal de armas que

vende un arma a otro y este luego mata a un tercero con el revólver que le compró a dicho vendedor.

Esta institución ha permitido excluir la imputación objetiva, a prestaciones sociales, qué a pesar de estar conectadas con el resultado lesivo, no son imputables por ser consideradas adecuadas socialmente y que se sujetan a una configuración social de irrelevancia típica. (Frisch, citado por Feijoo, 2002, p. 481).

Considero que los principios de la imputación objetiva de la conducta y del resultado deberían estar establecidos en el Código Penal peruano, porque la ley penal es la fuente directa y, además, es la más importante fuente del derecho penal.

En ese orden de pensamientos, el concepto de la imputación objetiva y los principios que integran la imputación objetiva de la conducta y del resultado, debería estar establecidos en el título II del Código Penal peruano que se titula: del hecho punible, y dentro del capítulo I titulado: Bases de la punibilidad.

Estoy segura, que los abogados defensores lo utilizarían mucho más que ahora, en sus defensas penales, y se incrementaría la jurisprudencia, enriqueciéndose a su vez la doctrina nacional con diversas investigaciones bibliográficas sobre la TPR como principio de la imputación objetiva de la conducta.

#### **1.2.11. Teoría de la propia responsabilidad según Welp en la TPR**

Welp opina que el autor doloso que actúa de manera inmediata “bloquearía” al extraño el “acceso” a una responsabilidad por el resultado. La posibilidad de influencia del partícipe se reduciría “a

anteponer motivos que la elección propia y responsable del autor principal como simple tentación. La propia responsabilidad del autor doloso constituiría un “ámbito de responsabilidad” que sería “ajeno” para todos los extraños. “Incluso ante la mayor probabilidad de comisión del hecho nadie tiene considerar que al actuar su sustrato mental o material podría ser abusado por otro para acciones criminales (Roxin, 2014).

Ciertamente, quien posibilita culposamente un hecho doloso (al igual que también el inductor) no tiene que conculcar la libertad de decisión del actuante inmediato, pero si puede crear, bajo ciertas circunstancias, un considerable peligro para la comisión del hecho.

Y es esta creación no permitida del peligro la que, según los principios generales, desencadena la imputación del resultado al tipo objetivo y, con ello, la responsabilidad culposa. Para que esto no ocurra en los casos de la TPR se necesita un fundamento especial.

De acuerdo con Roxin (2014):

Welp provee este fundamento remitiéndose a la “adecuación social” de cada promoción no dolosa de hechos dolosos. No obstante, su tesis de que la facilitación no dolosa de acciones punibles sería adecuada socialmente “también en casos de la mayor probabilidad” y “bajo todas las circunstancias imaginables”, no deja de ser una afirmación sin prueba alguna, pese al énfasis que pone. Por cierto, que es correcto que muchas motivaciones y promociones no dolosas para la realización del hecho son adecuadas socialmente. Pero es

insostenible la suposición de que esto tenga que ser así necesariamente. Si “A” pide un cuchillo con el que quiere acuchillar a “B”, y “C” se lo alcanza porque éste despreocupadamente a fin de desenmascarar a “A” confía en que éste no se atreverá a hacerlo, esto no constituye una complicidad dolosa, sino solamente una culpa consciente.

Hay que agregar que Welp mismo rompe con su principio para el caso de que el actor no doloso ponga fuera de acción a garantes, rescatadores u otras medidas de protección. Entonces, cuando A sabe que su coinquilino está amenazado por un asalto, podrá hacerse punible cuando abre la puerta por un descuido (o no la vuelve a cerrar) y facilita así la entrada al autor. Pero cuando “A” descuidadamente revela el paradero de su coinquilino al actor ya decidido a cometer el hecho, pero sin haber conocido sus intenciones, una punición por culpa fracasaría debido a la TPR”. (pp. 308-310).

A propósito, la adecuación social fue uno de los temas desarrollados por el jurista alemán Hans Welzel. Quien afirmaba que no ingresarán al ámbito del Derecho penal, las conductas realizadas por acción u omisión, como parte del funcionamiento establecido en determinada sociedad.

Lo expuesto, se aprecia en el delito de daños entre hermanos y cuñados cuando viven juntos, ya que si bien es cierto se encuentra esta conducta como delito en el Código Penal, no es susceptible de sanción. Así se aprecia de la lectura del artículo 208 del Código Penal, denominado como: Excusa absolutoria, en que por razones de política criminal no se reprime penalmente.

### **1.2.12. Posición de Jakobs acerca de la TPR**

Partiendo de la premisa de la culpabilidad exclusiva por los actos propios y la irresponsabilidad por las actividades de terceros, Jakobs reelaboró el problema de la "TPR". Jakobs considera que no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva sólo por la transformación que un tercero hace de sus consecuencias. Es decir, es preciso diferenciar entre supuestos en los que alguien realiza un tipo de participación y los supuestos en los que se crea una situación en la que otros realizan un delito. (Feijoo, 2002).

Jakobs cree que el tema que aborda la "TPR" es muy actual porque cualquiera puede "estirar" o aprovecharse del comportamiento adecuado de los demás para cometer actos típicos, dando a la conducta de otra persona un significado delictivo del que antes carecía, en la sociedad actual debido a la estrecha interrelación de la vida en sociedad. Ejemplifica su teoría con algunos ejemplos como estos.

- 1) el deudor paga el dinero adeudado. El acreedor que cobra lo utiliza para la preparación o comisión de un delito.
  
- 2) A los magistrados de un proceso se les amenaza diciéndoles que una sentencia condenatoria supondrá la muerte de un político. Los magistrados hacen caso omiso de la amenaza y un político es asesinado.

En palabras de Jakobs, cabe la "TPR" cuando la conducta del autor "es susceptible de interpretación sin necesidad de recurrir a un plan delictivo propio o ajeno, siendo los otros los que desarrollan los resultados del comportamiento en una dirección delictiva". Es decir, el criterio esencial de delimitación entre lo penalmente

irrelevante y el injusto de participación es determinar si otra explicación de la conducta del favorecedor del delito tiene sentido, sin necesidad de recurrir a la posterior actuación del autor del delito. Y esta regla es igual de válida para supuestos de participación dolosa e imprudente o para supuestos en los que el hecho principal es doloso o imprudente.

Recientemente, en su trabajo en castellano en su libro la imputación objetiva en derecho penal, Jakobs ha aportado una serie de ideas nuevas al papel de su idea de “la TPR” dentro de la teoría jurídica del delito:

a) La “TPR” es para Jakobs parte de la “imputación objetiva”, por tanto, un problema del tipo objetivo.

b) Lo contrario de la imputación por accesoriedad es la “TPR”.

En definitiva, lo que han intentado los autores que se han ocupado de este campo problemático es establecer límites objetivos o normativos a las diversas formas de participación criminal (cooperación e inducción). Es decir, estos autores han pretendido establecer límites relacionados con el tipo objetivo, y, por tanto, límites que tienen efectos comunes en el delito doloso y en el delito imprudente”. (p. 380 al 388).

Al menos en la legislación penal peruana, ya se señalado conforme se ha explicado anteriormente, los límites en el texto del código sustantivo de no aceptar la complicidad ni la instigación culposa.



### **1.2.13. Principio de la capacidad de dirección según Otto en la TPR**

Al introducir la "capacidad de dirección" como criterio de imputación, Otto llega a la conclusión de que no se admiten devoluciones.

La capacidad de dirección del actuante original termina cuando otra persona libre en sentido jurídico configura conscientemente los hechos de acuerdo con sus propios planes o excluye al actuante anterior de la esfera de influencia del riesgo. Con seguridad es aquí correcto que aquel que deja por ahí un revólver cargado o motiva a otro a la comisión de un delito a través de sus descuidadas palabras no puede "dirigir" la conducta del actor doloso en la medida en que el accionar de éste se basa en su libre decisión. Pero el concepto de capacidad de dirección es muy impreciso como para que sirva de criterio general de imputación. Si se le entiende en el sentido de una evitabilidad del resultado, uno tiene que decir que aquel que posibilita la comisión de un delito doloso mediante su descuido, habrá podido evitar plenamente el resultado mediante una conducta cuidadosa (Roxin, 2014).

Quien, por ejemplo, compra veneno para alguien que muestra abiertamente tendencias a desear matar a su esposa o quien, con declaraciones descuidadas sobre lo bonito que sería un incendio, anima a otra persona a provocarlo, sin duda habría evitado el desenlace absteniéndose de tomar esas medidas.

Así, si se quiere fundamentar la TPR por ausencia de capacidad de dirección, "queda la posibilidad de interpretar este concepto de manera que la capacidad de dirección falte cuando el curso de los acontecimientos ya no pueda ser dominado

por el primer actuante después de haber colocado la causa portadora del peligro”. (Roxin, 2014, p. 311).

Un ejemplo adicional del principio de capacidad de dirección según Otto en la TPR sería si una persona descuidadamente deja en la casa de su amigo un arma de fuego y este amigo de forma imprudente al manipular el arma de fuego ocasiona la muerte de un familiar en su casa.

#### **1.2.14. Posición doctrinaria de Frisch acerca de la TPR**

En primer lugar, Feijoo (2002) critica las construcciones más recientes que conllevan una excesiva responsabilidad penal y tienen una visión demasiado restrictiva, en su opinión, de los límites objetivos en estos supuestos.

Frisch señala en contra de los intentos de la doctrina mayoritaria que no hay medidas previas. Sobre todo, si se tiene presente que hay que tener siempre en cuenta a terceros como individuos auto responsables y racionales con una motivación fiel al Derecho y que, por ello, no vivimos en una sociedad de la desconfianza. Por ello considera insatisfactorias las posiciones de los autores anteriormente mencionados, valorando especialmente el interés de Stratenwerth por limitar cada vez más la responsabilidad penal en este ámbito.

Para Feijoo (2002):

Frisch al igual que Wehrle, considera que la problemática de la “TPR” es previa a la imputación del resultado y se debe tratar en el nivel de la conducta típica.

Este autor alemán considera que la limitación de la libertad de actuación con respecto a posibles conductas delictivas de terceros sólo se puede legitimar de modo excepcional, incluso aunque exista la posibilidad de conocer esa actuación ajena. Frisch avanza un paso más que Wehrle y construye una teoría de los límites objetivos de la participación criminal válida para todos los tipos - no sólo los de resultado - y que no diferencia entre supuestos dolosos e imprudentes. (p. 377 al 380).

Como se recuerda, el jurista alemán Wolfgang Frisch es uno de los expertos en temas de la imputación objetiva y obviamente en la teoría o principio de TPR. No en vano ha demostrado en diversos artículos de investigación considerados como de los mejores que han sido publicados desde la Universidad alemana de Friburgo.

#### **1.2.15. Desnivel de injusto entre el dolo y la imprudencia según WEHRLE en la TPR**

Wherle plantea la cuestión de si "la desigualdad de la ilicitud entre imprudencia y dolo, que rebaja la calificación del primer agente doloso de autor mediato a partícipe, (no debería) conducir a la impunidad". Dado que la "valoración que subyace a la exclusión de la autoría mediata... (funcionaría) con la imprudencia", responde afirmativamente. Dicho de otro modo, si la provocación negligente de actos dolosos no es punible como autoría dolosa sino sólo como participación, entonces la provocación dolosa de actos dolosos tampoco es punible como autoría dolosa y debe quedar impune porque los actos negligentes, al fin y al cabo, tienen un menor merecimiento de pena. Incluso si "el primer actuante no doloso... en vista de la notoriedad del acto doloso, (fuera) groseramente insolidario con el bien

jurídico amenazado", esto no equivaldría a un incumplimiento del deber de diligencia.

La expresión utilizada por el jurista alemán Claus Roxin: *façon de parler*, es una frase del idioma francés, que significa "modo de hablar". En resumen, los juristas Welp, Otto y Wehrle son los que más han aportado con modernos criterios acerca del principio o también denominada TPR.

#### **1.2.16. Los conocimientos especiales en el principio de TPR**

Finalmente, se plantea un problema: el de si se imputan los conocimientos especiales que el sujeto adquiriera, no por el ejercicio estereotipado del rol, sino por una fuente especial de conocimiento ajena al mismo. Caso del notario: un notario da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. (Jakobs) (Polaino, 2015).

Pero al dar fe de los mismos, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía (a lo cual dedica sus tardes libres). ¿Se le imputaría participación en un delito tributario al haber tenido acceso al conocimiento especial? (Jakobs) (Polaino, 2015).

Si únicamente pueden ser objeto de una imputación penal la infracción de aquellos deberes pertenecientes, adquiridos o inherentes a un rol, entonces, consecuentemente, han de quedar fuera de la imputación esos conocimientos especiales excedentes del rol. La explicación es muy clara: sobre ellos "no existe deber alguno

de adquirirlos o de mantenerlos, es mera subjetividad y nada más”.  
(Jakobs) (Polaino, 2015).

La libertad de organización de una persona le permite realizar cualquier tarea relacionada con su función que no interfiera con la organización de otro individuo. La ejecución de la función implica una libertad de organización que no sólo se atiene a la norma, sino que también mantiene las normas sociales.

Por lo tanto, y como consecuencia de ello, sólo puede imputarse la desviación respecto de una función, es decir, aquella infracción que, siendo un componente de la función relevante, ha sido defraudada culposamente por el titular de la misma. Sólo pueden imputarse las responsabilidades que conlleva el cargo. Por lo tanto, no pueden imputarse obligaciones ajenas al cargo.

Por lo demás, **“todo aporte en ejercicio de un rol exime de responsabilidad**, aunque desde el punto de vista causal exista una conexión entre esa prestación y el resultado (TPR). Los elementos subjetivos (conocimiento) no son suficientes para la imputación. Se requiere la infracción de un deber perteneciente al rol”. (Polaino, 2015, p. 403).

El conocimiento especial que un sujeto podría tener sobre una cosa **“no le puede ser reprochado** en ningún momento a **aquella persona a quien no obliga deber alguno**. No cabe imputar responsabilidad alguna a **quien no compete** en absoluto **gestionar la privacidad del mismo**, precisamente porque ejerce un rol común”. (Polaino, 2015, p. 403).

Es así que el principio de la TPR no se vería afectado por el hecho de que la persona tenga conocimientos especiales, porque mientras cumpla adecuadamente

el rol que tiene en la sociedad conforme a su actividad profesional o de oficio, no tiene porque, atribuírsele una responsabilidad penal.

### **1.2.3. Origen de la Excepción de Imprudencia de Accion en la legislación procesal penal peruana**

La excepción de naturaleza de acción, “ha llenado un vacío del Código. Precisamente la Comisión que formuló el Anteproyecto que culminó sus labores en abril de 1971, consideró esta excepción, la misma que fue respetada por el Proyecto Sustitutorio formulado por el Consejo Nacional de Justicia de 1976”. (Catacora Gonzales, 1996, p. 234).

Un dato a tener en cuenta, es que el Anteproyecto de 1971 fue realizado durante el gobierno revolucionario de las fuerzas armadas cuyo Presidente del Perú fue el General de División, Juan Velasco Alvarado, y el Proyecto sustitutorio de 1976 fue emitido durante el gobierno militar del Presidente peruano General de División Francisco Morales Bermúdez.

Antes de ser modificado por el Decreto Legislativo N° 126, el Código de Procedimientos Penales de 1940 señalaba cinco categorías de excepciones que podían oponerse: incapacidad, naturaleza del proceso, cosa juzgada, amnistía y prescripción. Mixán Mass, aclara que sucedía el caso, que en el fragor incruento de la actividad jurisdiccional penal se presentaron casos múltiples en los que la conducta materia del proceso no aparecía tipificada en la ley penal y que, por consiguiente, el denunciante había actuado sin haber tenido objetivamente derecho para ejercitar la acción frente a un caso concreto no descrito como delito por la ley penal.

Nos recuerda, Bramont Arias (1989), que no obstante el empuje doctrinario, establecía de manera expresa el diferente contenido de la excepción de naturaleza de acción y la excepción de naturaleza de juicio, cuando se modificó el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, mediante ley 21895 del 02 de agosto de 1977, “no acogió la excepción de naturaleza de acción, y sólo recogió las excepciones de: Incompetencia, falta de personería, naturaleza de juicio, cosa juzgada, prescripción y amnistía” (Bramont Arias, 1989, p. 34).

Recién con la entrada en vigencia “del Decreto legislativo 126 del 12 de julio de 1981, que modificó el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, se introdujo en forma especial la excepción de naturaleza de acción en nuestra legislación procesal penal”. (Bramont Arias, 1989, p. 36).

Posteriormente, con fecha 29 de Julio del 2004, se promulgó el Código Procesal Penal, y en el artículo 6 del mencionado código adjetivo se establece con una nueva denominación a la EIA.

A primera vista, parece no ser un problema; sin embargo, la cuestión de la ineficacia de la excepción puede verse favorecida con sólo cambiarle el nombre, ya que el término EIA deja claro lo que defiende y por qué se opone a la tramitación de un proceso penal innecesario, “porque la imputación formalmente descrita en la formalización de investigación no reúne los requisitos mínimos para ser considerada como delito o para ser un hecho justiciable penalmente”. (Reyna, 2011, p. 133). “Ha sido un avance al mejorarse la redacción de la norma procesal penal, al denominarle actualmente el código procesal penal vigente como EIA” (Reyna, 2011, p. 134).

En algunas legislaciones procesales penales extranjeras recibe el nombre de: “Excepción de Falta de Acción, tal como aparece, por ejemplo, del inc. 3 del art. 443 del Código de Procedimiento en Materia Penal, argentino; o la denominación de: “falta de materia justiciable o de la ley penal”, en Bolivia”. (Mixán, 1988, p. 32).

#### **1.2.3.1. Concepto de la EIA**

“Las excepciones atacan el ejercicio potestativo del Estado, impugnando la existencia misma de la relación procesal”. (Cáceres e Iparraguirre, 2008, p. 76).

Toda excepción significa un medio de defensa técnico, que tiene el imputado a su alcance para oponerse al ejercicio de la acción penal promovida por el Ministerio Público. Resaltando entre todas las excepciones la de improcedencia de acción, porque nadie puede ser imputado por una conducta que no está considerada como infracción punible en la legislación penal.

“Es una excepción que tiende a extinguir la acción penal cuando se alega que los hechos denunciados no constituyen delito o no son justiciables penalmente”. (Cubas, 1997, p. 208).

Tiende a extinguir la acción penal, porque la EIA es una excepción perentoria, al igual que las excepciones de amnistía, cosa juzgada, y prescripción.

Según la doctrina existen dos clases de excepciones la excepción dilatoria y la excepción perentoria. La excepción dilatoria es aquella que dilata la resolución principal, y que en caso que se declare fundada se regulariza el procedimiento en el cauce que corresponda, como es el caso de la excepción de naturaleza de juicio.



La otra clase de excepción es la perentoria, que es aquella que ataca el fondo del asunto, el derecho mismo, y en caso que se declare fundada este tipo de excepciones se da por fenecido el proceso penal y se da por extinguida la acción penal, como es el caso de la EIA.

Para Neyra (2015):

Es un medio de defensa técnico que tiene por cometido atacar el ejercicio de la acción penal para extinguirlo o anularlo mediante su archivo definitivo. Por ser una excepción de carácter perentorio, se dirige a extinguir la relación jurídica procesal por falta de fundamento jurídico válido de la acción penal ya promovida. Mediante su interposición el órgano decisor se encuentra obligado a pronunciarse sobre el fondo del proceso y no sobre cuestiones meramente formales. (Neyra Flores, 2015, p. 278).

De hecho, la acción penal es el ejercicio del derecho a la justicia. Esta acción penal es pública porque sólo el Estado tiene autoridad para castigar, y el Estado ha delegado esta autoridad en el poder judicial para que, a través de sus jueces en los distintos niveles jerárquicos, el poder judicial pueda administrar justicia en nombre del país y tenga el ius puniendi, o la autoridad para castigar, cuando se ha producido un delito o falta y el acusado ha sido declarado penalmente responsable.

Esta acción penal, es de ejercicio público, cuando se trata de delitos de interés público, por ejemplo, el homicidio, cualquiera de los delitos contra el patrimonio, los delitos sexuales, etc., en estos delitos, cualquier ciudadano puede ejercitar la acción penal y denunciar ante el Ministerio Público que es el titular de la acción penal pública, o también si lo desea ante la autoridad policial.

El agraviado, de un delito de ejercicio público puede denunciar, por ejemplo, la víctima de un robo agravado, o el propio fiscal de oficio al recibir la *notitia criminis* puede dar inicio a las investigaciones correspondientes por tratarse de un delito que afecta un interés social, es decir, un interés público.

Un dato importante es que la mayoría de delitos establecidos en la ley penal, son de ejercicio público, y excepcionalmente unos cuantos delitos señalados en el Código Penal vigente son de ejercicio privado, por ejemplo, los delitos contra el honor, como injuria, difamación, calumnia, o los delitos contra la intimidad.

En estos casos el único que puede denunciar es el agraviado, de lo contrario no se podrá ejercitar la acción penal que es público pero cuyo ejercicio si puede ser público o privado.

Ahora, contra la acción penal iniciada se puede promover un medio de defensa técnico como es el caso de la EIA.

La EIA, en palabras de Caro (2017):

es un medio de defensa técnico que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el **hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente**; ello en virtud a la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo 6, inciso 1, literal b, del Código Procesal Penal. (p. 821).

En efecto, existe el aforismo que en latin es el siguiente: "*nullum crimen nullum poena sine lege scripta*", lo cual en español significa no hay delito no hay penal sin ley escrita. Es así que una conducta puede ser inmoral, como es el caso del

ejercicio de la prostitución, pero dicho comportamiento no es considerado como delito en el ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, una conducta puede ser un ilícito civil, pero no necesariamente todo ilícito civil es un ilícito penal, como es el caso del adulterio que es una causal de divorcio y también de separación de cuerpos, en que el único que puede accionar en la vía civil es el cónyuge ofendido.

Asimismo, la conducta puede estar reñida con la ética profesional como fue el caso de la publicidad estatal en los medios televisivos y demás medios de prensa del Perú, otorgado por el gobierno en el año 2018 y que motivo que muchos medios de prensa no criticaran las políticas públicas y decisiones que tomaba la máxima autoridad del Estado, y, sin embargo, dicha conducta no es delictiva a pesar de existir un grave conflicto de intereses con la labor periodística.

En conclusión, y de conformidad con la Constitución Política del Estado Peruano, nadie puede ser sancionado por hacer u omitir algo que, en el momento de hacerlo, no estaba específica y definitivamente tipificado en la ley penal como delito. Ello de conformidad con el principio de legalidad establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

A su turno, De la Cruz (1996) los concibe como “medios de defensa que se deducen cuando el hecho no constituye delito o no son justiciable penalmente, es decir cuando el acto no esté tipificado como delito en la ley penal o su contenido es preponderantemente no penal” (p. 137).

Estas dos únicas formas son las que el código procesal penal peruano vigente admite para poder promover con éxito la EIA promovida por el imputado y que pretende conseguir el archivamiento definitivo de la causa.

### **1.2.3.2. La EIA cuando el hecho no constituye delito**

“Esta excepción procede cuando la inexistencia del delito surge con toda evidencia de los términos de la imputación”. (Alpiste, 2006, p. 283).

Por esta razón, el acusado debe probar en el EIA que la fiscalía se equivocó al incoar la causa penal porque el acto reclamado no constituye delito o no es susceptible de enjuiciamiento penal. Sin embargo, podemos calificarla como la conducta habitual, antijurídica y culpable. La doctrina penal ha creado numerosas conceptualizaciones sobre el delito. (Rosas, 2015).

En efecto, de todos los medios de defensa técnico, es decir, de todas las cuestiones y excepciones que están reguladas en el código procesal penal peruano del 2004, es sin lugar a dudas, la EIA, la que conlleva al imputado y a su abogado defensor, el tener que dominar y conocer las instituciones no solamente del Derecho Procesal Penal y Penal Parte Especial, sino principalmente del Derecho Penal Parte General, y específicamente la teoría del delito.

Como se sabe, la procedencia o no de la EIA, radica en que “el hecho denunciado no constituya delito o no sea justiciable penalmente, lo que conlleva al análisis de cada uno de los elementos del delito como son la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad”, ya que la ausencia de alguno de ellos permitirá el amparo de este medio de defensa técnico. (Alpiste, 2006, p. 283).

“Procesar a alguien imputándole como delito un comportamiento inexistente es una flagrante agresión a la dignidad de la persona humana, dignidad que tiene la máxima tutela constitucional”. (Mixán, 1988, p. 260).

Por eso, el grado de cultura del Estado peruano se debería medir por la forma como sus autoridades de los sistemas de justicia y también sus autoridades políticas, respetan los derechos constitucionales de sus ciudadanos.

El fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana y todo ser humano tiene el derecho de que se trate dignamente. Lo cual el atribuírsele un hecho que no es delito o que no es justiciable penalmente afecta la dignidad y el honor de las personas.

Salas (2011) “Durante el procedimiento y según nueva ley el hecho imputado deje de tener la calidad de delito. En estos casos se puede invocar retroactividad benigna para interponer la excepción”. (p. 133).

Por ejemplo, a inicios de 1990, era delito el adulterio en el Perú, por lo que muchas personas de ambos sexos fueron procesadas penalmente, pero luego al año siguiente en abril de 1991 entró en vigencia el nuevo Código Penal peruano quedó de dejar de considerarlo como delito al adulterio, por lo que en esos casos procedió a extinguirse la acción penal, debido a que el hecho denunciado no constituye delito desde abril de 1991. Y Si bien es cierto que el adulterio se cometía cuando era delito con arreglo al anterior Código Penal de 1924, el artículo 7 del actual Código Penal de 1991 establece que, si el acto castigado con arreglo a una norma anterior ya no es punible con arreglo a la nueva ley, la pena impuesta y sus efectos se extinguen por ley.

Oré (2016):

En consecuencia, siguiendo lo señalado por la Corte Suprema, el supuesto de atipicidad absoluta se dará cuando la conducta imputada no está prevista como un ilícito penal en forma previa a la comisión de

los hechos, por lo que, en aplicación del principio de legalidad no podrá procesarse ni condenarse al imputado. Por otro lado, debemos realizar una labor de adecuación de la supuesta conducta al tipo penal invocado para constatar si nos encontramos en un escenario de relativa atipicidad.

Para llegar a sostener que un imputado es culpable o no, previamente habrá que preguntarse si la conducta es típica o no, porque si o fuera típica, ahí termina el análisis de la teoría del delito y habrá que promover la EIA, fundamentando la ausencia de tipicidad, por lo que ya no cabe hacerse más preguntas respecto a los demás elementos del delito.

Pero, si la conducta es típica, habría que hacerse una siguiente pregunta la cual es: ¿Se trata de una conducta antijurídica?, porque si la respuesta es negativa, habrá concluido el análisis de la teoría del delito, fundamentando en base a ello la EIA por falta de antijuricidad en la conducta cometida.

Ahora, el tercer elemento del delito, es la culpabilidad, siendo el primer elemento que conforma la culpabilidad, el que el imputado sea una persona imputable, lo cual significa que tenga capacidad de discernimiento y que además sea mayor de edad, es decir, mayor de 18 años. Por esas razones, los menores de edad no cometen ni delitos ni faltas, y cuando incurran en una conducta prohibida por la ley penal, debe ventilarse el caso conforme al código de los niños y adolescentes.

“Si se declara procedente la excepción genera los efectos de la cosa juzgada material; pues, el juez ha decidido sobre el fondo del asunto”. (Frisancho, 2016, p. 296).

La causa penal seguirá adelante si se declara la inadmisibilidad del EIA, pero ello no impide que el acusado pueda presentar posteriormente otra defensa técnica, como la excepción de prescripción por haber transcurrido un tiempo igual al de la pena máxima prevista por la ley para el delito, si se trata de privación de libertad.

A excepción de los delitos cometidos por empleados públicos o empleados de organizaciones financiadas por el Estado, o por un acusado que haya sido considerado miembro de una organización criminal, en cuyo caso el plazo de prescripción se duplicará.

La actuación del Ministerio Fiscal o un juez del Poder Judicial pueden interrumpir la prescripción de la acción penal, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Cuando esto ocurre, la acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Guillermo (2015):

El **primer caso**, y donde si existe acuerdo general, es que esta excepción procede cuando el hecho por el cual se ha formalizado investigación preparatoria es **objetivamente atípico**, esto es, que **no existe ninguna descripción típica en el ordenamiento vigente que subsuma la conducta imputada al procesado**.

La denominada TPR constituye un criterio de imputación objetiva vinculada a la falta de creación de un riesgo jurídicamente prohibido, utilizado para excluir de responsabilidad penal a los casos de participación delictiva, en sentido estricto.

Vimos también que la TPR se ubica en el ámbito de la tipicidad objetiva, pues en esta categoría se evalúa la relevancia típica de una

conducta. Si una conducta no cumple con este requisito, carece de sentido preguntarnos por su antijuricidad. No procedería amparar la excepción si es que la existencia de la TPR es parte de la tesis de defensa del procesado, esto es, sea su propuesta histórica de cómo ocurrieron los hechos, frente a la imputación que le formula el representante del Ministerio Público. (pp. 117-119).

Lo importante del planteamiento de la TPR como fundamento de la EIA por parte del imputado, es que la EIA, se discutirá en una audiencia que se realizará bajo la conducción del juez de la investigación preparatoria.

Es así que, en una audiencia, el juez escuchará por su orden a los sujetos procesales, respetando la oralidad, publicidad, inmediación, debate, contradicción, principio de igualdad de armas procesales y debido proceso, que son los pilares de un sistema procesal acusatorio garantista con tendencial adversarial.

San Martín (2014):

Que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos extremos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico – penal vigente o que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal.

En consecuencia, es de concluir, siguiendo a Reyes Echeandía, que la atipicidad – falta de adecuación directa o indirecta del hecho al tipo - puede ocurrir en dos hipótesis: 1) Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido; es esta la inadecuación típica propiamente tal; podríamos hablar en tal caso



de una atipicidad relativa, la cual se plantea frente a cualquier elemento del tipo: sujetos – activo y pasivo, conducta – elementos descriptivos, normativos o subjetivos y objeto jurídico o material. Y, 2) cuando la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas; no es esta una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta de tipo; nos parece que en esta hipótesis debería hablarse de una atipicidad absoluta”. (p. 357).

Indudablemente, qué de todos los elementos de la teoría general del delito, es el de la tipicidad, el que mayormente resalta, al momento que el imputado plantea y fundamenta doctrinariamente la promoción de la EIA.

Y esto resulta así porque en la práctica, es más sencillo para el imputado y su abogado defensor apreciar si la conducta se encuentra o no tipificada, establecida como delito en el Código Penal, ya que muchas veces los fiscales abren investigaciones penales por conductas atípicas. “Esta excepción procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho no es justiciable penalmente”. (Noguera Ramos, 2000, p. 299).

Recordemos que la EIA, antiguamente con el código de procedimientos penales de 1940, se denominaba excepción de naturaleza de acción, término que fue modificado debido a que la expresión “naturaleza de acción”, se encontraba relacionada con el procedimiento, con el trámite y eso era incorrecto, porque la excepción es perentoria ya que ataca el fondo del asunto, debido a que cuestiona la existencia de la acción penal promovida, con el objeto de que se archive la causa definitivamente, de ahí se entiende que el nombre técnico más adecuado sea el de: EIA.

Caro (2017):

En cuanto al primer supuesto, referido a cuando el hecho denunciado “no constituye delito”, se tiene que la teoría general del delito parte del derecho penal positivo, conforme al artículo 11 del Código Penal de 1991: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Este término formal no dice nada sobre las características que debe tener todo comportamiento ilegal. Se denomina doctrina penal a la herramienta conceptual que permite determinar jurídicamente si un hecho concreto es considerado delito y, en consecuencia, merece la imposición de una sanción penal. (p. 821 y 822).

Es importante recordar que la atipicidad examina dos criterios a tener en cuenta en relación con la primera premisa de que el incidente registrado no constituye delito.

Urtecho (2007):

1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas, no es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, estamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y 2) el suceso no se adecúa a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos activo y pasivo,

conducta – elementos descriptivos, normativos o subjetivos – y objeto - jurídico o material-, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta. (p. 293 al 297).

Sin lugar a dudas, que uno de los problemas más frecuentes en la administración de justicia en la competencia penal, es la calificación de una denuncia, ya que la mayoría de fiscales demuestran ser personas con experiencia en el manejo de las normas jurídicas del código procesal penal vigente, pero, esa misma capacidad no se aprecia, cuando se trata de que los fiscales hagan un análisis desde el punto de vista de la doctrina del derecho penal parte general, y eso ocurre porque muchas teorías doctrinas vigentes y aplicadas en el primer mundo no se encuentran incorporadas en el Código Penal peruano, como tampoco la doctrina del derecho penal parte especial, al momento de calificar la denuncia y decidir si se trata de un delito u otro.

De ahí se entiende que sucede en la práctica al calificar una denuncia por parte del fiscal un concurso aparente de leyes, o que considere la existencia de un delito a pesar de que el imputado ha realizado una conducta inocua e inofensiva para un bien jurídico penal, o cuando abre el fiscal investigaciones preliminares por meras sospechas de conductas absolutamente o relativamente atípicas, etc.

Cubas (2015):

Son ejemplos de ocasiones en las cuales se puede plantear esta excepción el caso de legítima defensa, el estado de necesidad justificante o el consentimiento válido sobre bien jurídico de libre disposición. Tampoco es punible el agente que se desiste espontánea y eficazmente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide

que se produzca el resultado, salvo que los actos practicados constituyan por sí otros delitos. (p. 151).

Otros ejemplos de que procede de la EIA, es en los casos de delitos de imperfecta realización delictiva, como es el caso del delito imposible, ocurrido por la absoluta ineficacia del medio empleado o por la absoluta impropiedad del objeto, por ejemplo, una mañana un nieto para heredar dispara contra su abuelo que se encontraba echado en su cama creyendo que se encuentra dormido, cuando en realidad ya se estaba muerto desde la noche anterior.

Asimismo, también, existen en la parte general del Derecho Penal, instituciones que podrán ser utilizadas como fundamento para la procedencia de la EIA.

Rosas (2015):

Sobre los casos de atipicidad positiva subjetiva se presentan cuando la conducta criminosa es cometida bajo el imperio del error de tipo. El error de tipo constituye un aspecto negativo del elemento cognoscitivo del dolo, de ahí que la teoría del error de tipo se halla conectada de forma inmediata a la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del contenido de representación requerido para el dolo.

Ejemplo: Cuando Luis dispara sobre lo que cree es un oso no puede tener la voluntad de matar a un hombre.

De manera que todo error (conocimiento falso acerca de algo) que determina la imposibilidad de la voluntad realizadora del tipo objetivo es un error de tipo.

En conclusión, ante la perpetración de un delictuoso en que se someta bajo el error de tipo podrá el procesado deducir la excepción. (p. 543 y 544).

Como se sabe el error de tipo ataca la tipicidad, ya que es una forma de cuestionar la existencia del primer elemento del delito como es la tipicidad.

El error de tipo se produce sobre un elemento del tipo penal o un error en cuanto a una circunstancia que agrave la pena y se encuentra establecido en el artículo 14 del Código Penal peruano.

Si el juez considera que hubo error de tipo, tendrá las siguientes alternativas. 1) El error invencible o inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad penal del procesado y 2) el error vencible o evitable, generará que el juez atenúe la pena.

### **1.2.3.3. Fundamentación doctrinaria que el hecho denunciado no constituye delito**

Oré (2016):

Basándose en la aplicación de tres criterios jurídicos, es necesario que el delito sea suficientemente específico (tipificado) e implique la violación de una ley fundamental; el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico penal que no se encuentra justificado por la necesidad de salvaguardar otro bien jurídico relevante; y finalmente el principio de culpabilidad, que en su sentido amplio exige que dicho ataque

pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones. (p. 411).

Es cierto, el principio de legalidad es el primer principio limitador del ius puniendi del Estado, con rango constitucional, por lo que se trata de una norma rectora para el derecho penal y que conforme ya se ha anotado, se ubica también el principio de legalidad en el título preliminar del Código Penal peruano.

Cáceres y Barrenechea (2010):

En este sentido, la misión de la EIA es defender el cumplimiento real del principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, pues mal se haría perseguir penalmente una conducta que no está prevista en la ley penal como punible. Asimismo, por un criterio de justicia material, no existe razón alguna para que el proceso penal, ya iniciado, siga desplegando sus efectos, sino consecuentemente, la causa iniciada con tan grave vacío debe anularse. (p. 95).

Ciertamente, el principio de legalidad se relaciona muchísimo con el principio de seguridad jurídica, ya que, si no existiese el principio de legalidad, se cometerían diversas situaciones arbitrarias en contra de los ciudadanos de ese país; por lo que imaginándonos que falta el principio de legalidad no habría tampoco en ese Estado imaginario el principio de seguridad jurídica.

Asimismo, otro principio limitador del ius puniendi del Estado, es el principio de protección de bienes jurídicos penales. En efecto, el derecho penal no protege a todos los bienes jurídicos que existen, sino solamente a los bienes jurídicos más importantes y trascendentales para la vida de un ser humano, por eso por ejemplo el bien jurídico de la fidelidad conyugal, no es protegido por el derecho penal, sino

por el derecho civil, consignándose en dicho cuerpo de leyes, las sanciones civiles a que se hará acreedor el cónyuge que vulnera la fidelidad conyugal por haber incurrido el cónyuge culpable en adulterio.

Por estas consideraciones, son pocos los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, más aún si lo comparamos con los bienes jurídicos que protege por ejemplo el derecho civil, es así que entre esos pocos bienes jurídicos protegidos por el derecho penal están, por ejemplo, la vida, la integridad física y salud mental de las personas, el patrimonio, la libertad sexual, etc, que constituyen ser los bienes jurídicos de mayor valor para un ser humano.

Y finalmente un principio vital y limitador del ius puniendi del Estado, que es el principio de culpabilidad, porque el fiscal como titular de la acción penal pública debe analizar si la conducta puede o no ser imputada objetiva y subjetivamente a una persona y para ello deberá tener en cuenta los principios que contiene la imputación objetiva, con ámbito de protección de la víctima, riesgo permitido, TPR, principio de confianza, entre otros. Eso en cuanto a la imputación objetiva de la conducta.

Pero también, se debe analizar si se le puede imputar subjetivamente esa conducta a una persona, es decir, se debe evaluar si se trata de un delito doloso, apreciar si efectivamente existió una conducta con conocimiento y voluntad de cometerlo que son los dos elementos del dolo, y además si se trata de un presunto delito culposo, se tendrá que apreciar si el comportamiento de la persona infringió un deber objetivo de cuidado, o si actuó de una manera temeraria o con ligereza o indebida audacia, o si actuó la persona con impericia, es decir, con falta de conocimiento apropiado o falta de experiencia en determinadas actividades que la ley exige

experiencia y/o conocimiento, como es el caso de los que atropellan a transeúntes por manejar un vehículo motorizado sin brevete.

Es así, que si no ha infringido un deber objetivo de cuidado, ni actuó imprudentemente ni con impericia, no se le podrá atribuir imputar el resultado penalmente ya que su comportamiento fue el adecuado.

#### **1.2.3.4. Ausencia del elemento subjetivo es una causa para declarar fundada la EIA**

Guillermo (2015):

Si se trata de un delito doloso y en el hecho plasmado en la formalización se narra junto con la incriminación, una circunstancia que, evidentemente, configura un error de tipo, debe declararse fundada la excepción. De igual forma debe procederse si es que se trata de un delito culposo, y de la propia narración consignada en la formalización o acusación, se evidencia la inexistencia de una infracción a las normas de cuidado y, por ende, la ausencia de culpa. Nótese que ambos casos hemos sido reiterativos en mencionar que la falta de dolo o culpa surja del propio texto de la formalización o acusación, pues si se trata de una alegación de la defensa que pretende probar en la respectiva audiencia, la excepción debe ser rechazada. (p. 121 y 122).

El amparo de una EIA por ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo ya ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia (aunque refiriéndose a la excepción de naturaleza de



acción), a través del Acuerdo Plenario N° 6 / 97, donde se estableció que la ausencia de dolo en la conducta del imputado es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción, por cuanto determina la exclusión de tipicidad de la conducta. Tan atípico es ser procesado penalmente por adulterio o por incesto, como serlo por llevar en un taxi a unos transeúntes que tomaron el servicio y que van a cometer un delito en el lugar de destino, o por la muerte de un paciente ambulatorio que no toma sus medicamentos conforme a lo prescrito. A fin de cuentas, ninguno de esos hechos **constituye delito**. (p. 121 y 122).

Como también, sería atípico, el que un octogenario contraiga matrimonio con una dama de 33 años y en la noche de bodas en plena luna de miel, fallezca el adulto mayor por un ataque al corazón.

#### **1.2.3.5. La atipicidad relativa como fundamento para declarar fundada la EIA**

Ore (2016):

En ese sentido, la doctrina coincide en señalar que si un hecho es atípico (es decir, que el hecho no es subsumible en el tipo penal atribuido), estaríamos ante un caso de atipicidad relativa reclamable con una excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción, empero, la discusión se inicia al analizar si la tipicidad alcanza también al elemento subjetivo del tipo o solo se restringe al tipo objetivo. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 6/97 ha establecido que la ausencia de dolo en la conducta del imputado es una causa para declarar

fundada una excepción de naturaleza o de improcedencia de acción, por cuanto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta. (p. 412).

Claro está que existe en la doctrina del derecho penal parte general tres clases de dolo: Así tenemos el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado o también denominado como dolo de consecuencias necesarias, y el dolo eventual.

Si en una conducta existen cualquiera de estas tres clases de dolo, no procederá la EIA, pero si no existe en la conducta realizada ni el dolo eventual, se podrá amparar la EIA.

San Martín (2014):

Un caso de atipicidad relativa resuelta por la Corte Suprema, es “cuando en una obligación de naturaleza eminentemente civil, no se ha acreditado que en su concertación se haya producido acción fraudulenta del inculpado, capaz de inducir a error al agraviado: atipicidad relativa por ausencia de conducta relevante. Sin embargo, partiendo de esta extensa línea que tiende a reforzar el derecho de defensa del acusado, creemos que puede haber más supuestos. Se refieren a: 1) la voluntariedad de la conducta, que se aplica a todos los tipos penales; la conducta penalmente relevante sólo puede ser una conducta voluntaria. b) si el delito es de resultado, con el juicio de imputación objetiva; (...) (p. 358).

Por eso el derecho de defensa es un derecho constitucional que tiene el imputado, y que le permite ejercerlo en el ámbito del proceso penal peruano de diversas formas, tal es así que la EIA es uno de los medios de defensa técnico y, por lo tanto,

es una de las muchísimas maneras de defenderse contra la acción penal promovida por el Ministerio Público.

#### **1.2.3.6. Procedencia de la EIA por ausencia de antijuricidad o de culpabilidad**

Guillermo (2015):

Sin duda, la excepción puede sostenerse en el caso de cualquiera de las llamadas causas de justificación, que pretenden hacer legal la conducta. Cuando se trata de la culpabilidad, la situación es un poco diferente. Además de la prueba de la inexistencia de la causa que absuelve la culpabilidad, hay que señalar que esta causa debe pertenecer a supuestos de desconocimiento de la licitud de la conducta (error invencible de prohibición) o de inexplicabilidad de otra conducta (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable), ya que en estos casos no procederá un procedimiento a través del EIA. La justificación principal en este caso es de naturaleza legislativa, ya que el propio CPP controla determinadas circunstancias. En conclusión, puede decirse que una EIA también puede justificarse y apoyarse en presunciones de inocencia, siempre que estas presunciones se deriven del texto de la formalización o acusación (y no requieran discusión probatoria) y no tengan cauce procesal propio. (p. 122 al 126).

Recordemos que las causales de justificación, se encuentran establecidas en el artículo 20 del Código Penal peruano y que inicialmente eran diez causales de justificación, pero el 13 de Enero del 2014 se incluyó una causal de justificación más que es el hecho que los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú cuando estén ejerciendo su deber que el Estado les ha asignado,

y se vean obligados a usar las armas de fuego u otros medios análogos, ocasionando lesiones o el fallecimiento de personas, podrá quedar exento de responsabilidad penal.

En conclusión, cualquier conducta que no se encuentra establecida dentro de las once causales de justificación, y que haya ocasionado un resultado lesivo y contrario al derecho, se considerará como una conducta antijurídica.

Oré (2016):

Algunos juristas consideran que solo será cuestionable a través de este medio de defensa técnico la tipicidad y la antijuricidad, pero no así la culpabilidad. Coincide con ello Mixan Mass, tras considerar que el análisis de la culpabilidad requiere de un nivel probatorio más profundo del que se puede llevar incidentalmente, y que, por ello, el cuestionamiento de la culpabilidad forma parte del fondo del asunto, que será resuelto en la sentencia.

A pesar de lo anterior, pensamos que la ausencia de culpabilidad también puede ser discutida con la interposición de una excepción de naturaleza o de inadmisibilidad de la acción porque hay casos en que la ausencia de tal elemento puede ser claramente constatada sin necesidad de que el proceso continúe. Por ejemplo, la presentación de un documento de identidad y la confirmación de la minoría de edad del acusado. En consecuencia, atendiendo a la función normativa de la excepción bajo análisis y a su definición como medio de defensa técnico, su aplicación dependerá, en buena cuenta, de la evidencia de que, en el caso concreto, el hecho imputado no es un delito; sea

porque es atípico o porque no es una conducta que vaya contra el orden jurídico o porque el procesado no es responsable penalmente del hecho atribuido. (pp. 412-413).

Entonces, y, por ejemplo, si se le atribuye a un imputado que es profesor universitario y a la vez funcionario público y gestiona ante una Corte Superior de Justicia para realizar un convenio de prácticas pre profesionales para los alumnos de una Universidad Privada, estaríamos ante una atipicidad absoluta ya que no es delito de patrocinio ilegal.

El fundamento radica, en que el artículo 146 de la Constitución Política del Estado vigente de 1993, permite a los Magistrados, el cual no solamente se entiende a Jueces y Fiscales sino también abraza a los altos funcionarios del Estado como Presidente de la República, Congresistas, Ministros, Vocales del Tribunal Constitucional, miembros de la Junta Nacional de Justicia, el defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, a ejercer la docencia universitaria. Además, todos ellos de acuerdo al artículo 79 de la ley universitaria peruana N° 30220, y en su condición de docentes universitarios tienen como funciones las siguientes:

1) La investigación: El docente universitario debe obligatoriamente investigar y publicar por lo menos artículos de investigación en revistas indexadas, o libros que aporten a la doctrina nacional y que sirvan con materiales de estudio para los estudiantes universitarios.

2) El mejoramiento continuo y permanente de la enseñanza: El docente universitario tiene como uno de sus principales funciones la de mejorar sus conocimientos de manera continua y enseñanza, efectuando la trasmisión de sus conocimientos a los alumnos.

3) La proyección social: El docente universitario deberá efectuar acciones de proyección social, relacionadas entre la Universidad en la que labora con las comunidades aledañas a la localidad donde se ubica la Universidad, apreciando las necesidades que tiene la comunicar y ayudar a solucionar sus inconvenientes, además, que el docente universitario participará en proyectos de desarrollo local y regional.

4) **Gestión universitaria:** Esta función del docente universitario, le permitirá proponer convenios con instituciones públicas y/o privadas para que los alumnos de la Facultad de la Universidad obtengan prácticas pre - profesionales gratuitas, por ejemplo, en las Facultades de Derecho es obligatorio el CECIGRA, cuyas siglas significan el servicio civil de graduandos en Derecho, el cual tiene como finalidad que los alumnos se involucren mediante las prácticas pre profesionales en instituciones del sistema de justicia peruano en el quehacer de actividades de la administración de justicia.

Asimismo, si un funcionario público recomienda a un ex alumno de la Universidad para que realice actividades vinculadas al ámbito de su carrera profesional, estamos también ante una atipicidad, porque la recomendación no es precisa, ni concreta para determinada función o actividad, y como sabemos la conducta debe adecuarse al tipo penal, con todos sus elementos constitutivos, por lo que, en este nuevo ejemplo, tampoco es un delito de patrocinio ilegal.

Ahora, en el caso de que un funcionario público ha realizado una conducta neutral e inocua, inofensiva para un bien jurídico que la ley penal protege, a pesar de tener conocimiento de que en una institución pública es costumbre de que las personas particulares recomienden para que los aspirantes obtengan un cargo de funcionario

público, y mientras dicho funcionario público haya actuado correctamente dentro del ámbito de su rol estaríamos ante una atipicidad relativa.

O también, es amparable la EIA si a una persona se le imputa un delito de lesiones leves, pero sólo si este hecho fue el resultado de una defensa válida, cuando concurren los presupuestos de la agresión ilegítima, la necesidad racional de los medios empleados para impedir la o repelerla y la ausencia de provocación suficiente por parte de quien realiza la defensa.

En efecto, ya que, si bien es cierto, es una conducta contraria al derecho, ocasionar lesiones leves a otra persona, lo cual lo convierte en una conducta típica, sin embargo, a pesar de ser típica, existe una causal de justificación que la ley establece como es la legítima defensa por lo que será típica pero no es antijurídica, y, en consecuencia, el hecho denunciado no constituye delito por ausencia de antijuricidad, siendo amparable la EIA.

Al igual que el error de tipo ataca a la tipicidad, el error de prohibición también ataca a la culpabilidad porque tener conocimiento de la ilicitud es un requisito para la culpabilidad. En consecuencia, la EIA puede protegerse en los casos de error de prohibición y de comprensión culturalmente condicionada del error de prohibición.

Recordemos que la culpabilidad es un elemento del delito que para atribuirle la culpabilidad a un imputado deben concurrir los siguientes elementos: 1) Ser imputable, 2) tener conocimiento del injusto, 3) exigibilidad de actuación de otra manera conforma al derecho.

Todo ello, porque la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de su autor, a quien la ley le exigía que su comportamiento sea de acuerdo a ley. Por ejemplo, si un cónyuge varón incurre en un ilícito civil como el adulterio, deberá el cónyuge

ofendido actuar conforme a ley, que le permite el poder divorciarse, por ser una causal establecida en el código civil que permite la disolución del vínculo matrimonial, en lugar de comportarse ilegalmente y ocasionarle lesiones graves al cónyuge adúltero ya que se le exigía a la consorte agraviada del adulterio que su reacción como conducta a realizar sea adecuada a ley.

De otro lado, el primer elemento de la culpabilidad es evaluar si el imputado es o no imputable, por lo que en el caso de que se esté procesando penalmente a un menor de edad, se debe cortar el proceso penal, y el caso deberá ser reconducido conforme al código de los niños y adolescentes.

Asimismo, un inimputable que sufra de retraso mental grave, no podría continuar siendo procesado penalmente en el proceso penal común, por lo que al comprobarse con las evaluaciones periciales la inimputabilidad del imputado, por ejemplo, por tener oligofrenia severa, el Juez dispondrá que se reconduzca el caso a través de un proceso especial denominado como de seguridad.

#### **1.2.3.7. El hecho denunciado no es justiciable penalmente**

Para Palacios (2011) “No basta que el hecho esté tipificado como delito para ser perseguible penalmente. Es decir, los hechos típicos no siempre son merecedores de sanción penal”. (Palacios, 2011, p. 141).

Es exacto decir que no todas las conductas tipificadas en el Código Penal son necesariamente punibles. Por ejemplo, el artículo 119 del Código Penal establece que el aborto terapéutico no es punible cuando lo realiza un médico con el consentimiento de la embarazada o de su representante legal, si la mujer lo tiene. Además, no es punible la posesión para autoconsumo de drogas que contengan



metilendioxfanfetamina (MDA), metilendioximetanfetamina (MDMA), metanfetamina o análogos en determinadas cantidades.

Caro (2017):

El segundo supuesto reconoce que toda conexión jurídica que requiera la intervención judicial y una resolución mediante la aplicación de la ley es justiciable, y todo acto delictivo es penalmente justiciable. Se refiere a situaciones en las que el delito alegado no es penalmente justiciable.

Del mismo modo, se insiste en que el tipo penal está configurado, pero identifica claramente los factores que el juez penal debe considerar, como los criterios de punibilidad, las defensas válidas y los presupuestos de inculpabilidad, entre otros, que deben obligar a un fallo definitivo y no pueden ser circunscritos mediante el uso de una excepción. Por ejemplo, el robo, la apropiación, el fraude o los daños causados entre cónyuges, concubinos, ascendientes, etc. no son punibles en virtud del artículo 208 del Código Penal; en consecuencia, quien roba un televisor de su casa que pertenece a él y a su esposa no está sujeto a enjuiciamiento penal. (p. 822).

Sin embargo, el legislador ha determinado que algunos comportamientos que afectan a parientes cercanos no deben dar lugar a ninguna de las cuatro formas de penas -es decir, ni privación de libertad, ni restricción de libertad, ni limitación de derechos- por razones de política criminal.

“Al respecto, de esta segunda situación explicamos, qué si bien es cierto, estamos ante una conducta delictiva, sin embargo, por cuestiones de política criminal, el

Estado ha considerado que no debe ser sancionado con pena”. (Noguera, 2018, p. 15).

Sin embargo, el Código Penal, podrá imponer al pariente, la reparación civil, cuyo monto será fijado por el juez, teniendo en cuenta la proporcionalidad y magnitud del daño causado por la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 208 del código sustantivo.

Guillermo (2015):

Hay casos en que tratándose de un hecho típico, antijurídico y culpable, la conducta no resulta punible. Estas situaciones, que se encuadran dentro de las denominadas justificaciones absolutorias y criterios objetivos de punibilidad, pueden servir igualmente como justificación sustancial de una EIA. Tal y como las define el legislador específicamente y de acuerdo con las normas de política criminal, las excusas absolutorias son condiciones o requisitos que están directamente vinculados a la persona del autor y que hacen aceptable una acción que, de otro modo, sería ilegal y punible. Pero en determinadas situaciones, se renuncia a la multa, sin que ello afecte a la reparación civil correspondiente.

La doctrina nacional, cuando se trata de una conducta que no es justiciable penalmente le denomina: “Excusa absolutoria”.

Siguiendo a García (1964): “Que el hecho no sea justiciable penalmente. Esta situación es frecuente en los delitos contra el patrimonio, en los cuales la relación vinculatoria es de contenido económico y es fácil considerar que tiene carácter delictuoso, siendo así que sólo reviste ilicitud civil”. (p. 137).

La denominación de excusa absolutoria, ha sido criticada por la doctrina, ya que algunos prefieren denominarles causas excluyentes de punibilidad y otros prefieren decirle: Causas de exclusión de la pena.

El único hecho que no es 'justiciable penalmente' es el que no constituye delito; no existen delitos que no sean penalmente justiciables, "pues todos lo son. Salvo que la ley quiera referirse a casos en que subsistiendo el delito no se los reprime por razones de política criminal, la esposa que se apropia ilícitamente de bienes del marido". (Olivera, 1984, p.152).

La crítica de la doctrina a la denominación de excusa absolutoria, proviene de que no hay en realidad una sentencia absolutoria, porque en todo caso, si se le encuentra responsable penalmente a alguno de los parientes mencionados en el artículo 208 del Código Penal, él juez le podrá fijar el monto de reparación civil a pagar.

En su sentencia de 29 de septiembre de 1995, el Tribunal Supremo dictaminó que, además de la justificación, la conjunción de una defensa exculpatoria y el requisito objetivo de punibilidad constituye no ser justiciable penalmente. Este criterio incurre en el error de tener en cuenta la "causa justificativa" aun teniendo en cuenta los criterios objetivos de punibilidad y las defensas eximentes, que aquí se apoyan, pues, la causa de justificación es una causal de antijuricidad, y por tanto está contenida en el primer supuesto (no constituye delito), mas no en el supuesto 'no justiciable penalmente'". (Gálvez, Rabanal & Castro, 2010, p. 114).

Recordemos que no todas las justificaciones enumeradas en el artículo 20 del Código Penal están relacionadas con la antijuricidad, como la legítima defensa, ya que también existen justificaciones relacionadas con el elemento de la culpabilidad,

como las enumeradas en los apartados 1 y 2 del artículo 20 del Código sustantivo, como la anomalía psíquica, la alteración grave de la consciencia, entre otros.

#### **1.2.3.8. La TPR como fundamento de la EIA**

La TPR sirva para evaluar la relevancia típica de los aportes a efecto de determinar si quien los brinda resulta vinculado como partícipe del hecho principal o, por el contrario, al no superar su aporte el riesgo permitido, queda fuera del ámbito jurídico penal. (Guillermo, 2015).

La EIA procede:

Siempre que la existencia del supuesto material sea evidente desde la formalización de la instrucción o auto de procesamiento, cuando el hecho sea atípico -sea objetiva o subjetivamente-, cuando concurra una causa de justificación o de no culpabilidad.

La EIA es el mecanismo correcto para lograr el pronto sobreseimiento del proceso en casos donde se ha iniciado o continuado la persecución penal pese la existencia de un supuesto de TPR (atipicidad), claro está, siempre que ésta sea evidente y, por tanto, requiera solo un análisis de puro derecho. (p. 129 y 130).

Un detalle a tener en cuenta es que revisando los diversos manuales del Derecho penal parte general, del presente siglo XXI, escritos por autores peruanos de mayor relevancia, son pocos los que desarrollan sus capítulos incluyendo a la teoría de la imputación objetiva y al principio de la TPR, por esa razón mi bibliografía ha sido mayormente internacional.

### 1.2.3.9. Trámite de la EIA

Una vez que el fiscal comunica al juez de la Investigación Preparatoria la formalización de la investigación, el imputado tiene la facultad de hacer uso de los medios técnicos de defensa. “Quien deduce los medios técnicos de defensa, tiene la obligación de aportar los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenten, asimismo, los elementos probatorios que refuercen su pretensión”. (Frisancho, 2013, p. 361).

Es así que una vez que el juez de la investigación preparatoria toma conocimiento de que el fiscal está iniciando y dirigiendo la investigación preparatoria ya se puede promover un medio de defensa técnico.

El imputado deberá aportar no solamente los fundamentos fácticos y jurídicos, sino también fundamentará la EIA promovida con los elementos de convicción y medios probatorios suficientes para lograr que se declare fundada la excepción por parte del juez, por ejemplo, ofrecerá documentos públicos, privados, pericias, etc.

Según San Martín (2015):

**Actos preparatorios.** Comprende tres pasos: (i) Requisitos de la solicitud; presentación escrita de la solicitud respectiva, acompañando los elementos de convicción que correspondan; (ii) Oportunidad: se presenta luego de emitida la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y hasta que venza el traslado del requerimiento fiscal acusatorio o de sobreseimiento (en los casos de cuestiones previas y excepciones también pueden deducirse en la etapa intermedia: hasta 10 días luego de notificada la acusación fiscal escrita. (iii) El juez de la investigación preparatoria realizará tres actos

ordenatorios: dispondrá que el Ministerio Público cumplidos los dos primeros requisitos, le informe acerca de las partes personadas en la investigación preparatoria a su cargo; y, con esa información, primero, notificará a las partes la interposición del medio de defensa; y, dentro del tercer día, dictará si correspondiere el auto admisorio, que importa señalar fecha para la audiencia. (p. 285).

Además, de los elementos de convicción que acrediten que debe declararse fundada la EIA, está escrito debe estar adecuadamente fundamentado del porque el hecho denunciado no constituye delito o porque no es justiciable penalmente.

A diferencia del código de procedimientos penales de 1940 que se resolvían todos los medios de defensa sin una audiencia, que permita que los sujetos procesales puedan hacer uso de la oralidad, y sin que haya publicidad ni intermediación. En cambio, el código procesal penal, establece la realización de una audiencia para escuchar a las partes procesales respetando el principio de igualdad de armas procesales, el derecho de defensa y el debido proceso.

La EIA al igual que las demás excepciones, cuestiones previas y prejudiciales resuelve el Juez de la investigación preparatoria mediante un auto que es susceptible apelación por cualquiera de los sujetos procesales. “La excepción podrá declararse de oficio, lo que podrá ocurrir una vez formalizada la investigación preparatoria y hasta la conclusión del proceso con la sentencia”. (Arana, 2014, p. 152).

En verdad, no solamente la EIA, sino todos los demás medios de defensa, podrán ser resueltos de oficio por el juez de la investigación preparatoria. “Puede si es que el inculcado no la deduce, ser resuelta de oficio por el Juez Penal, pero no como

medio de defensa, declarándose el archivamiento definitivo de la causa”. (Noguera, 2002, p. 369).

Obviamente, no resuelve el Juez como medio de defensa, sino como superar una causal de nulidad del proceso penal, ya que la vía penal no es para procesar a personas por hechos inocuos e inofensivos para un bien jurídico protegido por la ley penal peruana.

Un dato importante, es que la EIA y todos los medios de defensa técnico, en el caso que haya, varios imputados, y la resolución judicial sea favorable a uno de los imputados, beneficiará a los demás sujetos procesales que se encuentren en igual situación jurídica.

La resolución que resuelve el medio de defensa que fue planteado en la etapa intermedia, según lo estipulado en el art. 352.3 del código procesal penal de 2004, será apelable sin efecto suspensivo, “con el mismo trámite descrito para el caso de la apelación interpuesta contra el auto que resuelve el medio de defensa técnico durante la investigación preparatoria”. (Oré, 2015, p. 513).

Sin lugar a dudas, que el derecho a la impugnación forma parte del debido proceso y además significa una garantía de evitar los errores judiciales ya que una nueva instancia revisará la apelación. “El efecto que tiene esta es el archivo definitivo del proceso, cesando las medidas cautelares que se hubieren generado como consecuencia de la formalización”. (Pastor, 2015, p. 472).

De esta manera quedarán sin efecto las siguientes principales medidas cautelares reales, por ejemplo, el embargo, orden de inhibición, desalojo preventivo, etc.

Y en cuanto a las principales medidas cautelares personales que serán levantadas en favor del procesado que fue favorecido con el archivamiento definitivo de la causa, al declararse procedente la EIA, son las siguientes: Prisión preventiva, el arresto domiciliario, el impedimento de salida, etc.

#### **1.2.3.10. Casos en que no procede la EIA**

a) Dado que sólo procede promover la EIA cuando el hecho imputado no constituye delito o no es perseguible penalmente, se alega que el hecho no se produjo. Este argumento puede utilizarse en la defensa del acusado.

b) Cuando se alega una errónea calificación del delito por parte del fiscal: En este caso, el imputado está aceptando que existe delito, sino que considera plantear al Juez de la investigación preparatoria, que se trata de otro delito, por ejemplo, el alegar que no es un delito de robo, sino que se trata de un delito de hurto. En este caso, no procede promover la EIA.

c) Cuando se afirma que el hecho no puede atribuirse al acusado, la EIA se paraliza porque el acusado no impugna que el presunto hecho no constituye delito o que no es objeto de una investigación penal., el alegar un caso diferente a las dos situaciones que admite el código procesal penal peruano, como es el de afirmar que no se le puede atribuir el hecho denunciado, esto sucede por ejemplo, cuando el imputado se le atribuye la violación sexual a una víctima ocurrido un día, mes y año en que el imputado se encontraba fuera del país, donde había ocurrido la violación sexual.

d) Cuando se alega insuficiencia probatoria por no existir suficientes elementos de convicción, el juez de instrucción debe desestimar el EIA formulado. Sin embargo, el hecho de que no existan pruebas suficientes para establecer la responsabilidad



penal del acusado no significa que el hecho alegado no sea constitutivo de delito o no esté legalmente justificado.

e) Se afirma que el acusado es inocente: El hecho de que un imputado sostenga su inocencia en relación con el delito que se le imputa no niega la existencia del delito ni la tipicidad del hecho alegado, imposibilitando la sustentación de la EIA. Lamentablemente, esta es una de las formas más incorrectas de sustentar la EIA en el procedimiento procesal penal peruano.

#### **1.2.4. El Delito de Patrocinio ilegal en la legislación penal peruana**

Este delito, prohibido por el artículo 385 del Código Penal, no estaba contemplado en el Código Penal que fue abolido. Las leyes comparadas apenas tipifican como delito lo que nosotros consideramos el respaldo ilícito de intereses privados. No obstante, el contenido del tipo penal es como sigue: El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, “patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”. (Salinas, 2011, p. 285).

El Perú es uno de los pocos países del mundo que contempla como delito el patrocinio ilegal. Además, de ser una figura nueva en la legislación penal peruana ya que ni el Código Penal peruano de 1863, ni tampoco el Código Penal anterior de 1924, lo contemplaron como figura delictiva, apareciendo por primera vez como infracción punible con la promulgación del Código Penal en abril de 1991.

Hugo (2000):

En la legislación comparada sólo lo tipifica como hecho ilícito el art. 321 del Código Penal del Brasil, el art. 157 del Código Penal colombiano de 1980. Este último a diferencia del art. 385 del Código Penal peruano utiliza un elemento normativo expresado en el vocablo “ilegalmente” y cuatro verbos rectores en la configuración del tipo: “representar”, “litigar”, “gestionar” o “asesorar”, sólo en asunto judicial, administrativo o policial; y una figura agravada cualificada por la condición especialísima del sujeto activo (cuando el agente es funcionario o empleado del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público. (p. 87).

En la doctrina nacional, al delito de patrocinio ilegal también se le conoce como: Delito de patrocinio ilegal de intereses particulares (Rojas, 2007).

Conforme a lo explicado por Rojas (2007), el vigente Código Penal criminaliza la gestión de intereses particulares ante los órganos de la administración por parte del funcionario público. “Se trata de un típico abuso de cargo por mal uso del mismo. Dicha figura es conocida también como advocación administrativa ilícita”. (Rojas, 2007, p. 251).

#### **1.2.4.1. Sujeto activo**

“Es el funcionario o servidor público que valiéndose de su calidad o cargo patrocina intereses privados ante la Administración Pública”. (Hugo, 2000, p. 90).

Lo expuesto significa que según el artículo 425 CP son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. En ese orden de pensamientos, existe la ley de la carrera administrativa que establece la vinculación del empleo público con la administración pública. Además, se cuenta con el Decreto Legislativo N° 276 denominada como la ley de la carrera administrativa.
2. Personas que ocupan puestos de autoridad o cargos políticos, aunque hayan sido elegidas por la mayoría de los votantes. Son ejemplos de cargos políticos, el de presidente de la República, el alcalde de Lima, el presidente regional de Arequipa, etc. Son ejemplos de cargos de confianza, el ser asesor de un ministro de Estado, o el ser el asesor de un Congresista de la República, etc.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas integrada por el ejército, la marina y la aviación, así como los miembros de la Policía Nacional del Perú.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus Entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

#### **1.2.4.2. Sujeto pasivo**

El “sujeto pasivo es la administración pública. El delito se configura cuando el funcionario público haciendo el uso del cargo, asesora, litiga o defiende intereses de particulares ante la administración pública”. (Portocarrero, 1996, p. 154).

En suma, es el Estado el sujeto pasivo, por eso es que interviene el Procurador en los procesos penales ya que es un abogado que defiende los intereses del Estado en todos los procesos donde se involucren a funcionarios del Estado.

#### **1.2.4.3. Bien Jurídico Protegido**

Para Caro (2017):

Para efectuar una interpretación acorde a la finalidad de la norma jurídica penal, se debe tener en cuenta tanto el bien jurídico objeto de protección, como los instrumentos supranacionales que inspiran la lucha contra la corrupción, en la que se encuentra comprometido el Estado Peruano, por cuanto la interpretación de la norma también debe responder a la realidad a la que se pretende aplicar. (Caro, 2017, p. 668 y 669).

#### **1.2.4.4. Elementos objetivos**

“Indistintamente a la modalidad que se adopte, (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio”. (Salinas, 2014, p. 294 al 297).

##### **1.2.4.4.1. Patrocinar**

Al respecto, Hugo (2000) expuso:

El verbo rector en el tipo es el vocablo: “patrocinar que es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar. El verbo rector utilizado por el legislador en la configuración del tipo debe interpretarse asociada a la expresión: “El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público”, para precisar o delimitar la conducta que realmente se desea reprimir.

Lo reprochable radica en la acción del agente que, haciendo uso indebido del cargo, defiende, asesora, intercede, etc. intereses de particulares. Contrario sensu resulta atípica la conducta del funcionario que valiéndose de su calidad patrocina intereses públicos ante la propia administración; salvo aquellas que constituya usurpación de función, tampoco constituiría delito la conducta del agente que se traduce en patrocinar intereses particulares ante la administración pública valiéndose de su profesión. (p. 89).

A palabras de Caro (2017):

La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. Dentro de los actos de asesoramiento se encuentran todas aquellas conductas que impliquen un consejo – de cualquier índole - para mejorar la posición de una persona o una situación. Es importante resaltar que el consejo emitido implica una opinión directa y concreta sobre una acción a tomar que redunde en el interés del particular ante la administración pública. La defensa implica que el sujeto activo hace suya la causa e intenta que la postura adoptada triunfe sobre otros posibles puntos de vista, para lo cual la defenderá de forma necesariamente directa. Es un acto de patrocinio por excelencia.

El patrocinio mencionado en este artículo está directamente relacionado con el interés de un particular ante la administración pública. Todo lo que puede reclamar una persona que no pertenezca a la administración pública se denomina específicamente "interés del particular" en esta cláusula. La condición de particular está directamente relacionada con su vinculación con el ámbito de la administración pública en el que debe ser favorecido y no depende de si es funcionario público o cualquier otra persona. En este sentido, el sujeto activo podría intentar obtener información sobre un proceso de contratación del Estado (la compra de papel para un departamento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones) para un funcionario público (un ejecutor coactivo de una municipalidad provincial) que tiene una empresa proveedora, y podría utilizar su posición para lograr

que la persona a cargo del proceso le entregue esta información específica.

Dado que se trata de un funcionario público, parecería que no podría haber un patrocinio de los intereses de un particular en esta situación. Este punto de vista, sin embargo, es incorrecto porque, como ya se ha dicho, el beneficiario es un particular porque no tiene ningún tipo de interferencia. Al no tener relación directa con el área de la administración pública en la que disfruta del favor, a pesar de ser un funcionario público, es un particular. (p. 668).

#### **1.2.4.4.2. Intereses de particulares ante la administración pública**

Salinas (2016):

Ante cualquier nivel de la administración pública, el sujeto público debe estar de acuerdo con la defensa de los derechos de los particulares (personas físicas u organizaciones jurídicas privadas). Para adquirir circunstancias favorables en una situación particular que no sean sólo económicas, es crucial luchar y gestionar los intereses de las personas ante la administración.

La amplia definición de patrocinio incluye todos los ámbitos y niveles de la administración de justicia, incluidos el judicial, el legislativo, el gubernamental, etc.

Además, es difícil decir si un patrocinio es beneficioso o perjudicial para los intereses del Estado porque, en algunos casos, esos intereses pueden ser los mismos que los de la Administración, como

en el caso de una entidad estatal que se beneficia de una determinada empresa del sector y la encuentra idónea para contratar con ella; pues La represión penal se centra en la acción de torcer la actuación pública, que debe dirigirse a proteger los intereses de la administración y no ser suplantada por los intereses de particulares.

Indistintamente a la modalidad que se adopte, (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio.

Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de la norma penal es evitar que el sujeto público actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa. (p. 349 y 350).

#### **1.2.4.4.3. Valerse de su calidad de funcionario o servidor público**

Portocarrero (1996):

La ley no castiga el simple asesoramiento sino el que efectúa el agente valiéndose de su calidad de funcionario, es decir, haciendo prevalecer su cargo en la gestión; dicho patrocinio puede ser formal, esto es, realizando pedidos expresos o disimulando cuando hace gestiones verbales o tomando conocimiento. (p. 155).



#### **1.2.4.4.4. Tipicidad subjetiva**

“Es un delito exclusivamente doloso. La incriminación del patrocinio incompatible con la función o el servicio público significa un rebasamiento de la función de protección penal a la correcta marcha de la administración pública”. (Frisancho, 1999, p. 290).

#### **1.2.4.4.5. En el delito de patrocinio ilegal no procede aplicar la duplicidad del plazo de prescripción**

Caro (2017):

Junto con el requisito de que el sujeto activo sea un agente público (funcionario o servidor público), el artículo 80 del Código Penal estipula que también debe existir una conexión entre el sujeto activo y los bienes del Estado, es decir, que el sujeto activo tenga un control real o potencial sobre la administración, custodia o percepción de los bienes (del Estado) objeto del delito; por otro lado, El patrimonio público es ajeno a los bienes jurídicos protegidos en los cargos enjuiciados -apoyo ilegal a intereses privados-. (p. 385).

En consecuencia, se contará el plazo prescriptorio cuando se consumó el hecho punible, y el patrocinio ilegal tiene como pena máxima la de dos años, por lo cual si se denuncia penalmente con posterioridad a los dos años habrá prescrito la acción penal.

Por otro lado, si la actividad delictiva se denuncia antes de que haya prescrito, el Ministerio Fiscal o el Poder Judicial tomarán medidas para detener el plazo de prescripción, y empezará a contar un nuevo plazo de prescripción a partir del día

siguiente a la última diligencia. Es decir, los dos primeros años volverán a computarse. O en todo caso, al plazo máximo de prescripción que son dos años se le agregará la mitad del plazo que sería un año, por lo tanto, prescribiría a los tres años de haberse producido el delito de patrocínio ilegal.

#### **1.2.4.4.6. Tentativa**

Salinas (2014):

Al constituirse en un delito de mera actividad o de emprendimiento no es posible que el hecho punible se quede en el grado de tentativa. Siendo así, no es de recibo lo que pretende enseñar Rojas Vargas, quien considera que se pueden presentar formas de tentativa en la medida en que los actos típicos no ingresen efectivamente a la esfera de competencia de la administración pública. (p. 301).

#### **1.2.4.4.7. Consumación**

Para Rojas (2007) “Por tratarse de un tipo de peligro y de simple actividad, el delito se consuma, no importando si con éxito o no, al realizarse los actos de patrocínio. Se trata de un delito eminentemente de comisión activa”. (p. 254).

#### **1.2.4.4.8. Penalidad**

La pena del delito de patrocínio ilegal es “privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas”. (Bramont & Bramont-Arias, 1995, p.571).

### **1.3. Definición de términos básicos**

#### **- EIA:**

De acuerdo con Oré (2016):

La EIA brinda al procesado la posibilidad de cuestionar la legitimidad o no del ejercicio de la acción en el caso concreto, ya que el hecho denunciado carece de contenido penal. Es por ello que, la denominación más apropiada a este medio de defensa técnico es la de excepción de “improcedencia de acción. (p. 408).

#### **- Delito de Patrocinio Ilegal:**

Siguiendo a Rojas (2007):

La corrupción pública puede ser definida, siguiendo a Alfonso Sabán Godoy como la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general, al que toda actuación pública se debe por mandato constitucional o legal. Pero si se puede decir que toda corrupción pública implica necesariamente una ilegalidad un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que lo sustentan. (p. 356).

#### **-Concepto de delito**

Citando a Muñoz & García (2015), desde el punto de vista jurídico, “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno Derecho penal”. (p. 216).

## CAPITULO II

### HIPOTESIS Y VARIABLES

#### 2.1. Hipótesis Principal

El filtro de imputación objetiva recaído en la TPR puede desarrollarse en el medio técnico de defensa de la EIA por el delito de patrocínio ilegal.

#### 2.2. Hipótesis específicas

##### 2.2.1. Primera hipótesis específica

- La institución de la TPR no es argumentada adecuadamente en la práctica forense como fundamento para sostener que el hecho denunciado no constituye delito en la infracción punible de patrocínio ilegal.

##### 2.2.2. Segunda hipótesis específica

- Los abogados defensores de los imputados por delito de patrocínio ilegal, por falta de conocimientos en imputación objetiva, no utilizan los fundamentos de la TPR en la EIA.

#### 2.3. Operacionalización de variables

##### 2.3.1. Definición conceptual

Variables	Definición conceptual
<b>Variable independiente X</b>  <b>TPR</b>	Actualmente, la TPR sirve de criterio delimitador la imputabilidad de acciones que

son estereotipadamente neutras, rutinarias y no equivalen a la participación en el delito cometido por un tercero. Ejemplo: Aunque el cliente comunique al vendedor su intención de matar a alguien con el cuchillo de cocina, el vendedor no incumple sus obligaciones. Por otra parte, la posible experiencia específica del sujeto (formación, formaciones únicas) no debe tenerse en cuenta. Ejemplo: Un estudiante con conocimientos avanzados de biología que trabaja como camarero en un restaurante durante su tiempo libre se da cuenta de que un plato del menú contiene algo tóxico, pero aun así lo sirve.

**Variable dependiente Y**

**Patrocinio Ilegal**

Alude a la promoción de los intereses personales de las personas (ya sean personas físicas o jurídicas privadas) ante cualquier nivel de la Administración gubernamental. Supone promover y gestionar los intereses de las personas ante la Administración para conseguir circunstancias favorables en una determinada situación. Condición que puede acontecer en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., sólo a título de una

modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva. Además, es difícil decir si un patrocinio es beneficioso o perjudicial para los intereses del Estado porque, en algunos casos, esos intereses pueden coincidir con los de la Administración, como en el caso de una entidad estatal que se beneficia de una determinada empresa del sector y la encuentra idónea para contratar con ella.

### 2.3.2. Definición operacional

Variables	Dimensiones	Indicador
<b>Variable independiente X</b>		
<b>TPR</b>	Conducta atípica	Conducta neutral Conducta inocua Conducta cotidiana
		- Docente Universitario
	Cumplimiento del rol	- Alto Funcionario Público - Docente investigador
	Conocimiento especial	Ausencia de competencia Falta de reprochabilidad

		Ausencia de obligación de deber
<b>Variable dependiente Y</b> <b>Patrocinio Ilegal</b>	Elementos constitutivos	Utilizar su cargo de funcionario público o autoridad en beneficio propio. anteponer sus intereses personales a los de la Administración.  Dolo.
	Sujeto activo	Funcionario Público Servidor Público

### 2.3.3. Operacionalización de variables



Variables	Definición conceptual	Dimensiones	Indicador
<b>Variable independiente Prohibición de Regreso</b>	Polaino (2015) Si alguien utiliza una contribución derivada del desempeño regular de un cargo con fines ilegales, la persona que ocupa ese cargo no está obligada a controlar o detener las consecuencias de esa disposición porque está fuera de su ámbito de autoridad (p. 401 y 402).	Conducta atípica	Conducta neutral Conducta inocua Conducta cotidiana
		Cumplimiento Del Rol	Docente universitario Funcionario Público Docente investigador
		Conocimiento especial	Ausencia de competencia Falta de reprochabilidad Ausencia de obligación de deber.
<b>Variable dependiente y</b>	Salinas (2016): El hecho punible se configura cuando el funcionario público, por sí mismo o interpósita,	Elementos Constitutivos	Valerse por su calidad de funcionario o servidor público.

<b>Patrocinio ilegal</b>	haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los		Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública Dolo.
	intereses legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración pública. (p. 347).	Sujeto Activo	Funcionario Público Servidor Público

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Delimitación de la investigación**

- Espacial: La investigación se encuentra dentro del ámbito territorial del Perú.
- Conceptual: La investigación se circunscribe al estudio de la parte general del Derecho Penal, específicamente la TPR, así como en el Derecho Penal Parte Especial, específicamente en el delito de patrocínio ilegal, y, el Derecho Procesal Penal, al estudiar el medio técnico de defensa de la EIA.

#### **3.2. Diseño Metodológico**

##### **3.2.1. Tipo de Investigación**

El tipo de investigación correspondió a una investigación aplicada, ello obedece a que su objetivo ha sido conocer si se fundamenta o se fundamenta de manera adecuada la EIA por TPR en el delito de patrocínio ilegal en el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

##### **3.2.2. Nivel de Investigación**

El nivel de investigación ha sido descriptivo porque se ha alcanzado a “conocer las situaciones, costumbres y actividades predominantes mediante la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas”. (Noguera, 2014, p. 56).

El nivel de investigación ha sido explicativo ya que se ha respondido identificando la mayor razón por la que los abogados defensores del imputado en el año 2020 no

han fundamentado la TPR en la EIA por el delito de patrocínio ilegal ante el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

Del mismo modo, ha sido correlacional ya que se ha evaluado la relación existente entre la variable independiente que es la TPR, con la variable dependiente que es el delito de patrocínio ilegal.

### **3.2.3. Diseño**

La investigación será del modelo cualitativo, porque se utilizará la recolección de datos, y además el análisis de dichos datos para poder responder los problemas generales y específicos, así como demostrar las hipótesis de investigación.

Ahora, los resultados han sido producto de la corroboración de las hipótesis de investigación, por lo que se han aportado evidencias a favor. Este enfoque cualitativo se ha basado en el método deductivo y lógico.

De igual modo, el enfoque cualitativo permite sostener que no se ha fundamentado, el argumento de la TPR, en el planteamiento de que el hecho denunciado no constituye delito, en la infracción punible de patrocínio ilegal ante el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

Y finalmente, el enfoque cualitativo ha permitido sostener que, por falta de conocimiento de la TPR, esta figura dogmática perteneciente a la imputación objetiva no se desarrolla de forma adecuada en la EIA por el delito de patrocínio ilegal ante el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria.

#### **3.2.4. Método**

El método ha sido el inductivo ya que se analizó las opiniones de los abogados del imputado, que promovieron la EIA en el delito de patrocinio ilegal.

Lo expuesto, obedece a que el método inductivo tiene como fundamento los hechos particulares para lograr conocer lo general.

Además, se ha tenido en cuenta el método de la medición al establecer el porcentaje en que los abogados defensores de los imputados en el delito de patrocinio ilegal, promovieron la EIA teniendo en cuenta los fundamentos de la TPR.

Así como también, se ha medido el porcentaje de abogados defensores del imputado que no conocen la TPR y que por esa razón no han tenido en cuenta los fundamentos de la TPR al momento de promover el medio de defensa técnico por delito de patrocinio ilegal.

### **3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **3.3.1. Técnicas**

- Observación.

-Análisis de contenido.

#### **3.3.2. Instrumentos de recolección de datos**

-Constitución Política del Perú.

-Legislación penal.

-Código Procesal Penal.

-Libros de Derecho Penal Parte General, Derecho Penal Parte Especial, Derecho Procesal Penal.

-Artículos de doctrina en Revistas especializadas en Derecho Penal acerca de la TPR, patrocinio ilegal y EIA.

### **3.3.3. Confiabilidad y validez de los instrumentos**

Los instrumentos que se utilizarán en la investigación son válidos y confiables, porque serán diseñados, recolectados y aplicados por la investigadora.

### **3.4. Aspectos éticos**

La investigadora ha citado a los autores nacionales e internacionales, respetando los derechos de autor, citando correctamente y siguiendo el modelo APA, además de contar con una bibliografía muy moderna y además con autores clásicos del derecho penal y del derecho procesal penal.

La investigadora declara que ha respetado los derechos de autor de los autores de obras jurídicas y de artículos de investigación, así como también de todos los aspectos éticos útiles que me han permitido efectuar la investigación.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

Como se ha podido advertir, el PTR, también denominado como “prohibición de retroceso”, no es sino el nombre que se emplea para expresar un principio de imputación objetiva, de relevante aplicación dogmática en el ámbito de la autoría y participación, que plantea lo siguiente: ¿puede imputarse a alguien participación en un delito no obstante estar ejerciendo su propio rol social? “El conocimiento especial que un sujeto podría tener sobre una cosa no le puede ser reprochado en ningún momento a aquella persona a quien no obliga deber alguno”. (Polaino, 2015, p. 403).

La TPR, forma parte de la imputación objetiva de la conducta; y, es principalmente en la doctrina alemana y española donde se encuentra el sustento de la TPR, así como también, en la jurisprudencia del Perú. Además, esta teoría puede ser aplicada en hechos de delitos dolosos como también culposos.

Ha habido intentos infructuosos de añadir la TPR como norma específica para una exclusión general de la imputación en los delitos extracontractuales. Es necesario apoyar tal criterio, pero sus defensores no pueden hacerlo sin limitaciones. “Sin embargo, ya las reglas reconocidas por la doctrina general de la imputación establecen que la cooperación no dolosa en hechos dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objetivo y es impune”. (Roxin, 2014, p. 315).

La TPR se ubica en la tipicidad, lo cual significa que el primer análisis que se debe realizar por la conducta producida es verificar y constatar si la conducta es típica, es decir, si hay o no tipicidad. En ese análisis, se podrá evidenciar si es posible imputar objetivamente o no a la persona denunciada y luego se analizará la

imputación subjetiva, que está referido a verificar si hubo o no dolo o culpa en la conducta del procesado.

Este es el ámbito principal en el que la TPR, o la prohibición de recurso, en el contexto de la acusación, se aplica a individuos que podrían haber evitado física y psicológicamente el curso lesivo -sólo habría sido necesaria la voluntad de hacerlo- pero que, a pesar de no haberlo hecho, no han transgredido sus obligaciones como ciudadanos respetuosos de la ley. En una sociedad de tareas compartidas en la que el flujo de información y bienes es increíblemente complejo, “ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo”. (Jakobs, 1998, p. 78). Es necesario utilizar el conocimiento general de la teoría de la imputación objetiva, y más concretamente la TPR, para valorar si el delito puede o no ser imputado objetivamente al acusado para la primera categoría del delito, que es la valoración de si existe o no tipicidad.

Las apariciones de la TPR pueden dividirse en dos categorías. En primer lugar, hay situaciones en las que no se responsabiliza a la persona que realiza un comportamiento rutinario que otra persona vincula arbitrariamente a un acto delictivo o utiliza para promover ese delito. El segundo supuesto de TPR “excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito”. (Benavente, 2021, p. 65).

Según esta línea de razonamiento, el acusado puede alegar la EIA porque el hecho alegado no es constitutivo de delito cuando el delito no puede imputarse objetivamente debido a la existencia de la idea de restricción del retorno.



Es así que en un proceso penal, el imputado tiene muchísimas formas de defenderse, así pues, puede plantear un error de tipo, error de prohibición, un error de comprensión culturalmente condicionado, puede alegar que se trata de una imperfecta realización delictiva, o sea, de una tentativa inacabada o acabada, puede alegar en la autoría y participación delictiva que su participación es la de un cómplice secundario, puede también, alegar insuficiencia de pruebas, in dubio pro reo, que ya se extinguió la acción penal, por prescripción, puede alegar que se han vulnerado los Principios limitadores del *Ius Puniendi* del Estado y promover un *habeas corpus*, puede solicitar una tutela de derechos, puede acogerse a terminación anticipada, o a un proceso de colaboración eficaz, al principio de oportunidad, a una confesión sincera, etc.

Por eso, la TPR no podría hacerse valer en los casos en los que no se puede acceder a una prestación similar. No obstante, los problemas de prueba y la diferencia de soluciones por datos simplemente accidentales del caso concreto que ofrece esta solución basada en consideraciones hipotéticas, “han llevado a que la doctrina penal mayoritaria busque actualmente fundamentar la limitación de la TPR en un plano más allá que el causal, es decir, en la tipicidad objetiva de la conducta”. (García, 2008, p. 343).

Ahora bien, cuando un acusado apoya la EIA a través de su letrado, es porque cree que es la mejor línea de defensa a seguir en apoyo de su cliente. En otras palabras, el jurista está seguro de que el hecho alegado no es constitutivo de delito o también puede creer que el hecho alegado no es perseguible penalmente.

La TPR se refiere a la participación deliberada o negligente de un tercero en la planificación de un delito. En consecuencia, la TPR es una condición para la imputación que pone límites a la atribución de resultados a actividades específicas

que podrían haber sido causales pero que no son relevantes para el Derecho penal. Por este principio, se excluye la imputación en aquellos casos en los que la causa ha sido puesta por “alguien que no tiene porqué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima. En palabras de Frisch la imputación sólo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado”. (Peña Cabrera, 2007, p. 281).

Si esto es así, en la práctica procesal penal, se ha apreciado que los imputados promueven la EIA, en el delito de patrocínio ilegal.

El objetivo principal de este caso es establecer si es posible construir adecuadamente un EIA de TPR sobre el delito de patrocínio ilegal. En consecuencia, la descripción de la difícil condición del tema de investigación remitió a la pregunta de si es probable que la TPR del EIA sirva de fundamento al delito de patrocínio ilegal.

Bajo estos términos, en la práctica forense se ha podido evidenciar la utilización de esta herramienta legal para advertir que el hecho propuesto en la imputación fiscal no constituye delito o no es justiciable penalmente. Sin embargo, a fin de exponer ciertas deficiencias en el planteamiento de este medio técnico de defensa, a continuación, se expondrán los siguientes escritos, -cuyos datos personales han sido omitidos a fin de preservar la identidad de las partes-, advirtiendo que solo se expondrá lo concerniente al desarrollo de la imputación objetiva:

*Expediente N° 06-2018*

*Especialista Legal: XXXXXX XXXXXXXXXXXX*

*Sumilla: Deduzco EIA*

*SEÑOR JUEZ SUPREMO DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN DE PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:*

*XXXXXXXXXX, abogadX defensor del señor XXXXXXXXXXXX, en la Investigación Preparatoria, seguida en su contra, por la presunta comisión del delito de Patrocinio Ilegal, en aparente agravio del Estado; ante usted respetuosamente me presento y digo:*

*I. PETITORIO*

*Al amparo de lo dispuesto en los artículos 6º, inciso 1, literal b) y 350º, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 957–, e invocando el Principio de Legalidad Penal y el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico Jurisdiccional, reconocidos en el artículo 2º, numeral 24, literal d) y 139º inciso 1 de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; deduzco EIA a favor de mi defendido, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debido a que los hechos por los que se ha Formalizado y Continuado la Investigación Preparatoria en su contra, SON ABSOLUTAMENTE ATÍPICAS, respecto al presunto delito*

*contra la Administración Pública – Patrocinio Ilegal–, regulado respectivamente en el artículo 385° del Código Penal.*

*En consecuencia, SOLICITO a vuestro ilustre Despacho, se sirva admitir a trámite el presente medio de defensa técnico, citar a la Audiencia correspondiente, y en su debida oportunidad, declarar FUNDADA, en todos sus extremos, la EIA deducida, disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

## *II. IMPUTACIÓN*

*1. En la causa sub-examine, se atribuye a mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXX, los siguientes hechos:*

*Convenio de la Corte Superior de Justicia XXXXXXXX con la Universidad XXXXXXXX – Facultad de XXXXXXXXXXXXXXXX.*

*a) Se le imputa a mi patrocinado, que en su calidad de XXXXXXXXXXXXXXXX, haber realizado gestiones con XXXXXXXXXXXXXXXX, en su calidad de Presidente de la Corte Superior de Justicia XXXXXXXX, para favorecer a la gestión de su cónyuge, XXXXXXXXXXXXXXXX, como Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad XXXXXXXX, por lo que habría cometido el delito de **Patrocinio Ilegal**.*

## *III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA EIA DEDUCIDA EN EL PRESENTE ESCRITO*

*1. El artículo 6°, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal, establece la EIA (conocida en el anterior Código Adjetivo, como Excepción de Naturaleza de Acción y regulada con la misma redacción que en el Código vigente), en los siguientes términos:*

*“Artículo 6°.- Excepciones:*

1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:

(...)

b) *Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.*"

2. Esta EIA es un mecanismo técnico de defensa, que está consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal, con la finalidad de extinguir el proceso de manera definitiva, cuando los hechos que son objeto de conocimiento por el órgano fiscal, **NO CONSTITUYEN DELITO** o no son justiciables penalmente<sup>1</sup>. Al respecto, el Jurista ORE GUARDIA sostiene que:

*"(...) Un concepto lato de inexistencia de delito puede abarcar no solamente la ausencia de tipicidad, que es la alegación más corriente en nuestro medio, sino también el carácter antijurídico del hecho denunciado, la inocencia del inculpado o la existencia de causas justificatorias."*<sup>2</sup>

3. La EIA procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente.

4. Sobre el particular, el Supremo Tribunal ha señalado que el supuesto jurídico consistente en "que el hecho denunciado no constituya delito" comprende dos extremos; por un lado, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, o, de otra parte, **QUE LA CONDUCTA DEL SUJETO NO SE ADECUE A LA HIPÓTESIS TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA PREEXISTENTE INVOCADA EN LA DENUNCIA PENAL**<sup>3</sup>.

CONDUCTA DEL SUJETO NO SE ADECUA A LA HIPÓTESIS TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA PREEXISTENTE INVOCADA EN LA DENUNCIA PENAL”<sup>3</sup>.

*Al respecto, debe tenerse presente que el tipo penal es el conjunto de elementos descritos en una figura penal, cuya realización es la condición necesaria para considerar una determinada conducta humana como “típica”<sup>4</sup>, siendo este el primer elemento del delito de la teoría del delito. En ese sentido, la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta concreta imputada coincide con todos los elementos descritos en el tipo penal del que se trate.<sup>5</sup>*

*6. La tipicidad es la más valiosa consecuencia del principio de legalidad<sup>6</sup>; pues si una conducta no es típica (es decir, no coincide con todos o algunos de los elementos del tipo penal) no constituiría delito y no podrá ser penalmente sancionada.*

*7. Por tanto, cabe concluir que UN HECHO QUE NO COINCIDA CON EL TIPO PENAL, ES DECIR, QUE SEA ATÍPICO, NO CONSTITUIRÁ UN DELITO Y NO PODRÁ SER OBJETO DE SANCIÓN O PROCESAMIENTO EN SEDE PENAL.*

*En ese sentido, es necesario considerar que la atipicidad se presenta ante la ausencia de todos o de algunos de los elementos de un tipo penal determinado; por lo que, BASTA QUE EN UNA DETERMINADA CONDUCTA NO CONCURRA ALGUNO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE UN DELITO DETERMINADO, PARA QUE LA CONDUCTA SEA CONSIDERADA COMO ATÍPICA Y, POR TANTO, NO CONSTITUTIVA DE DELITO<sup>7</sup>.*

*8. En efecto, la ATIPICIDAD del comportamiento imputado, por falta de correlación entre este y el tipo penal atribuido, es reconocido por la Corte Suprema de Justicia*

de la República (refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción, que en el nuevo sistema procesal penal recibe el nombre de EIA), como un supuesto que fundamenta la procedencia de esta Excepción, en los siguientes términos:

*"(...) la excepción (...) tiene su fundamento en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que aluden al "principio de legalidad" como base de toda imputación penal.*

*En tal sentido, esta excepción sólo procede cuando el hecho por el cual se viene instruyendo al encausado: i) no constituye delito, o ii) no sea justiciable penalmente.*

*El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causal persona de exclusión de pena o excusa absolutoria."*<sup>8</sup>

9. En efecto, los supuestos de ATIPICIDAD para la procedencia de la EIA pueden ser: Atipicidad Absoluta o Atipicidad RELATIVA. La ATIPICIDAD es entendida como la falta de adecuación directa o indirecta de la conducta del procesado al tipo penal que se le imputa, lo cual puede ocurrir en dos hipótesis: a) cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta del sujeto adolece de algún elemento allí exigido, esta es una atipicidad relativa, la cual se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo; y, b) CUANDO LA CONDUCTA DEL SUJETO NO CONCUERDA

CON NINGUNO DE LOS ELEMENTOS LEGALMENTE DESCRITOS EN EL TIPO PENAL, ES LA AUSENCIA ABSOLUTA DEL TIPO, O ATIPICIDAD ABSOLUTA<sup>9</sup>.

10. Del mismo modo, debe resaltarse que la conducta desplegada por el agente, para ser considerada típica, requiere no sólo de los elementos objetivos, sino también de la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Si faltara algún elemento del tipo, la conducta no será delito, por ausencia de tipicidad.

11. Así, el pleno jurisdiccional celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 6-97, estableció que "la ausencia del dolo u otros elementos subjetivos distintos a este son causa suficiente para amparar una excepción de naturaleza de acción"<sup>10</sup>.

12. En ese sentido, queda claro entonces, que la presente excepción puede ser deducida no solamente cuando el hecho no está recogido como delito en el ordenamiento jurídico, sino también por considerar que los hechos imputados SON ATÍPICOS (es decir, QUE NO CONSTITUYEN DELITO), debido a que la conducta imputada al procesado no encuadra en el tipo penal denunciado, ante la falta de todos o alguno de los elementos del tipo penal imputado.

13. Este último supuesto es el que concurre en el caso de mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito que se le ha atribuido, en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, conforme se desarrollará a continuación.

14. Del mismo modo, ligando la conducta expuesta con la IMPUTACIÓN OBJETIVA, SE COMPRENDE A ESTA COMO DELIMITADORA DEL INJUSTO del comportamiento, que a diferencia del dogma causal (teoría de la causalidad) expuso la siguiente tesis: "Toda conducta puede ser declarada típicamente



relevante solo por su significado anti normativo y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta". El contenido de la imputación objetiva está vinculado al marco de un sistema penal funcional normativista y se inspira en un principio social-funcional. La razón es porque la sociedad configura sus propias instituciones y delimita entre lo socialmente permitido y lo ilícito, de manera que, funcionalmente, no se vea perjudicada; por ello, se afirma que: "[...] EL OBJETO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ES LA AVERIGUACIÓN Y LA FIJACIÓN DEL SIGNIFICADO SOCIAL DE UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO. Es decir, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado del socialmente inadecuado".

15. Eso, nos lleva al planteamiento de la TPR, LA CUAL IMPLICA QUE NO SE PUEDE RESPONSABILIZAR A UNA PERSONA POR UN ILÍCITO QUE CAUSÓ O FAVORECIÓ EN SU COMISIÓN MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO GESTADO COMO PARTE DE SU ROL SOCIAL (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo; en otras palabras, la TPR es "una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación". Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social.

16. Es decir, LA TPR ES UNA TEORÍA EXCLUYENTE DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA DE QUIEN OBRA CONFORME CON UN ROL ESTEREOTIPADO DENTRO DE UN CONTEXTO DE INTERVENCIÓN PLURAL DE PERSONAS EN UN HECHO SUSCEPTIBLE DE IMPUTACIÓN. Con esto se desprende que la TPR

*se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social. En ese sentido, no se podría apreciar ninguna conducta que sea contraria a las funciones constitucionales que mi patrocinado ejercía en el cargo de consejero del CNM, mucho menos alguna conducta ilegal que pueda ser encuadrada en el delito de patrocinio ilegal.*

#### **IV. FUNDAMENTOS FÁCTICO – JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN LA COMPLETA ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO ATRIBUIDO A MI PATROCINADO**

*A) Sobre la imputación contra mi patrocinado, por el convenio de la Corte Superior de Justicia XXXXXXXX con la Universidad XXXXXXXX – Facultad de XXXXX.*

*1. Conforme puede apreciarse, del Acta de Recolección de las comunicaciones del 16 de julio de 2018, conversación del 05 de febrero de 2018, entre XXXXXXXXXXXX y mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.*

*2. En dicha conversación, se desprendería que mi patrocinado, le PREGUNTA al señor XXXXXXXXXXXX –quien en ese entonces se desempeñaba como Presidente de la Corte Superior XXXXX–, si se encontraría interesado en firmar un convenio de prácticas pre-profesionales con la Universidad XXXXXXXXXXXX; contestando de forma inmediata el Sr. XXXXXXXX que sí.*

*Luego, mi patrocinado, en aras de la transparencia, le informa que su esposa es Decana de la Facultad de XXXXXXXXXXXX, ello con el objeto de conocer si habría alguna incompatibilidad y el Sr. XXXXXXXX acepto la elaboración del convenio.*

*3. Véase entonces, que contrariamente a lo señalado en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018 contra mi patrocinado, en la conversación telefónica previamente mencionada, mi defendido,*

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha utilizado su cargo como Consejero del CNM, ya que en la llamada le ha PREGUNTADO SI ES POSIBLE FIRMAR UN CONVENIO DE PRÁCTICAS PREPROFESIONALES PARA LOS ALUMNOS DE LA UNIVERSIDAD XXXXXXXX.

4. La llamada se ha realizado en ejercicio de su derecho constitucional que le asiste a mi patrocinado, como es el de ejercer la docencia universitaria, ya que conforme se demuestra con la Resolución N° 117 – 2016 – UXXXXX – R de fecha 22 de noviembre del 2016, él es docente honorario de XXXXXXX, que se adjunta al presente en copia simple.

5. Es más, en la conversación telefónica, mi patrocinado le explica que se trataría de un convenio que si quieren lo ejecutan, porque como se sabe, primero se realiza un simple convenio marco de cláusulas generales, y luego si ambas partes desean ejecutarlo tendrían que realizar otro convenio específico, el cual nunca se elaboró, y el convenio marco que se adjunta al presente en copia simple, FUE GRATUITO, NO GENERO NINGÚN GASTO AL ERARIO NACIONAL.

6. Además, no se configura el delito de patrocinio ilegal, porque la Universidad no le ha pedido a mi patrocinado que consiga convenios, mi patrocinado ha actuado por su propia iniciativa, y sin autorización de la Universidad, por querer cumplir las funciones de docente que establece los artículos 79° de la ley universitaria y el artículo 146° de la carta magna que se adjuntan al presente en copia simple.

7. Adicionalmente, la hipótesis fiscal, refiere que mi patrocinado preguntó al señor XXXXXXX, si se puede firmar un convenio de prácticas pre profesionales, porque quería beneficiar a su esposa que es Decana, lo cual es totalmente falso, y se desvirtúa, con la copia simple del estatuto Universitario del 2017, que se encuentra

vigente desde agosto del 2017 hasta la actualidad, y en el artículo 30° de dicho estatuto se señala claramente que existe una oficina de relaciones internacionales y convenios, la cual es dirigida por una persona distinta a la esposa de mi patrocinado, por lo tanto; si hubiese sido un éxito el convenio, pero fue un fracaso, el beneficio hubiera sido para la Corte XXXX, que sin tener que pagar una remuneración a los alumnos de la Universidad XXXXXXXXX, ellos hubieran ayudado con la carga procesal. Pero, en realidad, ningún alumno quiso hacer prácticas en el Poder Judicial XXXXXXX, por ser zona peligrosa.

8. Es más, la esposa de mi patrocinado, el 07 de febrero de 2018, remite el Informe N° 008- 2018 – FSL, en el cual, con total indiferencia, pone a consideración del Vicerrector Académico, la iniciativa del docente honorario quien es mi patrocinado.

9. Esta indiferencia se entiende porque la Facultad no se dedica al estudio del derecho penal, sino al derecho corporativo, es una facultad más enfocada en el ámbito empresarial, de ahí podemos entender el desinterés de la Decana demostrado en el contenido del informe. (Se adjunta al presente la copia de dicho informe).

10. Luego de ello, la Universidad XXXXXXXXX decide autorizar la realización del convenio marco, pero ante la indiferencia de los alumnos que están enfocados en el derecho corporativo, el 17 de setiembre de 2018 la Universidad XXXXXXXXX decide resolver el convenio marco. (Se adjunta la copia de la carta notarial dirigida a la Corte Superior de Justicia XXXXXXXXX).

11. Luego la Corte XXXXXXX, el 12 de noviembre de 2018, le envía una carta a la Universidad XXXXXXX, que ese convenio firmado no cumplía con las disposiciones administrativas legales, y, en consecuencia, señaló que NUNCA EXISTIÓ

*PORQUE NO SURTIO NINGÚN EFECTO, ES DECIR, FUE UN ACTO JURIDÍCO NULO. (Se adjunta al presente la carta de la Corte superior de Justicia XXXXXXXXXXXX dirigida a XXXXXXX).*

*12. Por tales motivos, mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha realizado ninguna conducta que haya contravenido alguna de las funciones constitucionales que tenía a su cargo, como miembro del Consejo Nacional de la Magistratura.*

*13. Por el contrario, únicamente se aprecia que mi defendido, habría realizado gestión universitaria, POR INICIATIVA PROPIA Y SIN CONSULTAR CON LA UNIVERSIDAD, SOLO POR CUMPLIR SUS FUNCIONES COMO DOCENTE Y DESCONOCIENDO QUE LOS ALUMNOS DE XXXXXXXXXXX ESTÁN ENFOCADOS EN EL DERECHO CORPORATIVO Y NO EN EL DERECHO PENAL.*

*14. En efecto, de este pedido, no se desprende que mi patrocinado, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, haya desnaturalizado sus funciones como integrante del CNM, ni tampoco que haya actuado deslealmente con el encargo constitucional propio de dichas funciones, consistente en nombrar, ratificar o sancionar a jueces y fiscales de todas las instancias. Por este motivo, es evidente que la conducta de mi defendido, no encuadran en el delito de Patrocinio Ilegal.*

*15. A ello se debe reiterar una vez más, que mi patrocinado, actuó de buena fe, ya que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX es profesor extraordinario de la Universidad XXXXXX XXXXX (según resolución N° 117-2016-XXXXXXP-R del 22 de noviembre de 2016), que siempre y toma iniciativas para quedar bien como docente y cumplir con la ley universitaria, condición que no colisiona con sus funciones de Magistrado del CNM, pues como lo reconoce el ARTÍCULO 146° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, DICHA FUNCIÓN ES INCOMPATIBLE CON CUALQUIER OTRA,*

EXCEPTO LA DOCENCIA UNIVERSITARIA FUERA DEL HORARIO DE TRABAJO. A ELLO DEBE AGREGARSE, QUE LA LEY UNIVERSITARIA, EN EL ARTÍCULO 79º, QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES DE LOS DOCENTES, REFIERE QUE, ENTRE OTRAS, DEBE REALIZAR GESTIÓN UNIVERSITARIA.

16. En contravención a ello, el Convenio que finalmente se suscribió con la Universidad XXXXXX, a la larga permitiría que los estudiantes de una universidad –legalmente constituida y amparada y reconocida por la SUNEDU– puedan realizar prácticas pre-profesionales en la Corte Superior de Justicia XXXXXXXX; hecho que es absolutamente conforme a ley y que no implica un acto contrario a las normas y mucho menos a la Constitución.

17. Adicionalmente, puede concluirse que el convenio en cuestión favorecería la mayor cantidad de personal calificado, en formación profesional, con la que contaría la citada Corte de Justicia; lo que lejos de ser contrario a derecho, reportaría un beneficio a la Administración de Justicia.

18. Ello es así, debido a que dicho órgano de Justicia contaría con personas calificadas que realizarían apoyo logístico, permitiría avanzar en menor tiempo con la elevada carga procesal que en todas las ramas del derecho, afecta a todos los ámbitos del Poder Judicial. Debe resaltarse que el aludido Convenio firmado, fue absolutamente gratuito, por ende, no tiene ningún costo a la Administración Pública.

19. Atendiendo a todo lo expuesto, es claro que, en la imputación contra mi patrocinado, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, derivado del audio previamente mencionado, NO SE APRECIA NINGUNA CONDUCTA QUE SEA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN, NI A LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES QUE MI PATROCINADO OSTENTABA Y EJERCÍA EN EL CARGO DE CONSEJERO DEL

CNM, NI TAMPOCO SE OBSERVA NINGUNA CONDUCTA ILEGAL QUE PUEDA SER ENCUADRADA EN EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL.

*Atipicidad Del Comportamiento atribuido a mi Patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX*

1. En el presente caso, se le está investigando a mi patrocinado por el delito de patrocinio ilegal, que se encuentra descrito en el Código Penal, de la siguiente manera:

*Artículo 385º Patrocinio Ilegal.-"El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas".*

(...)

*De lo antes descrito, cabe precisar que mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha cometido el delito de Patrocinio Ilegal, a que los hechos que se le imputan son ATIPICOS y no configuran la acción típica del delito que se le imputa, (RESPECTO AL CUAL, YA SE HAN DESARROLLADO LOS FUNDAMENTOS, QUE DEMUESTRAN SU ABSOLUTA ATIPICIDAD, RESPECTO A MI PATROCINADO).*

POR TANTO:

*A Usted, Señor Juez, solicito: Se sirva valorar los argumentos esgrimidos en el presente medio de defensa técnico y, en su debida oportunidad, se sirva declarar FUNDADA la EIA deducida a favor de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito de Patrocinio Ilegal, materia de investigación; disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

*Lima, XX de XXXXXX de 20XX.*

*Expediente N°: 06-2018*

*Especialista Legal: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX*

*Sumilla: Deduzco EIA*

*SEÑOR JUEZ SUPREMO DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN DE PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:*

*XXXXXXXX, abogada defensor del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en la Investigación Preparatoria, seguida en su contra, por la presunta comisión del delito de Patrocinio Ilegal, en aparente agravio del Estado; ante usted respetuosamente me presento y digo:*

*I. PETITORIO*

*Al amparo de lo dispuesto en los artículos 6º, inciso 1, literal b) y 350º, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 957–, e invocando el Principio de Legalidad Penal y el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico Jurisdiccional, reconocidos en el artículo 2º, numeral 24, literal d) y 139º inciso 1 de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; deduzco EIA a favor de mi defendido, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debido a que los hechos por los que se ha Formalizado y Continuado la Investigación Preparatoria en su contra, SON ABSOLUTAMENTE ATÍPICAS, respecto al presunto delito contra la Administración Pública – Patrocinio Ilegal–, regulado respectivamente en el artículo 385º del Código Penal.*



*En consecuencia, SOLICITO a vuestro ilustre Despacho, se sirva admitir a trámite el presente medio de defensa técnico, citar a la Audiencia correspondiente, y en su debida oportunidad, declarar FUNDADA, en todos sus extremos, la EIA deducida, disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

## *II. IMPUTACIÓN*

*1. En la causa sub-exámine, se atribuye a mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, los siguientes hechos:*

*Nombramiento de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como Fiscal Adjunto Provincial de Familia del XXXXXXXX*

*a) Se le imputa a mi patrocinado, que en su calidad de ex consejero del CNM, haber realizado gestiones con XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, para nombrar a este último en el cargo de Fiscal Adjunto Provincial de Familia del XXXXXXXX, por lo que habría cometido el delito de Patrocinio Ilegal.*

## *III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA EIA DEDUCIDA EN EL PRESENTE ESCRITO*

*1. El artículo 6°, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal, establece la EIA (conocida en el anterior Código Adjetivo, como Excepción de Naturaleza de Acción y regulada con la misma redacción que en el Código vigente), en los siguientes términos:*

*“Artículo 6°.- Excepciones:*

*1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:*

*(...)*

*b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.”*

*2. Esta EIA es un mecanismo técnico de defensa, que está consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal, con la finalidad de extinguir el proceso de manera definitiva, cuando los hechos que son objeto de conocimiento por el órgano fiscal, NO CONSTITUYEN DELITO o no son justiciables penalmente<sup>1</sup>. Al respecto, el Jurista ORE GUARDIA sostiene que:*

*“(…) Un concepto lato de inexistencia de delito puede abarcar no solamente la ausencia de tipicidad, que es la alegación más corriente en nuestro medio, sino también el carácter antijurídico del hecho denunciado, la inocencia del inculpado o la existencia de causas justificatorias.”<sup>2</sup>*

*3. La EIA procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente.*

*4. Sobre el particular, el Supremo Tribunal ha señalado que el supuesto jurídico consistente en “que el hecho denunciado no constituya delito” comprende dos extremos; por un lado, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, o, de otra parte, QUE LA CONDUCTA DEL SUJETO NO SE ADECUE A LA HIPÓTESIS TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA PREEXISTENTE INVOCADA EN LA DENUNCIA PENAL”<sup>3</sup>.*

*5. Al respecto, debe tenerse presente que el tipo penal es el conjunto de elementos descritos en una figura penal, cuya realización es la condición necesaria para considerar una determinada conducta humana como “típica”<sup>4</sup>, siendo este el primer*

*elemento del delito de la teoría del delito. En ese sentido, la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta concreta imputada coincide con todos los elementos descritos en el tipo penal del que se trate.*<sup>5</sup>

*6. La tipicidad es la más valiosa consecuencia del principio de legalidad<sup>6</sup>; pues si una conducta no es típica (es decir, no coincide con todos o algunos de los elementos del tipo penal) no constituiría delito y no podrá ser penalmente sancionada.*

*7. Por tanto, cabe concluir que UN HECHO QUE NO COINCIDA CON EL TIPO PENAL, ES DECIR, QUE SEA ATÍPICO, NO CONSTITUIRÁ UN DELITO Y NO PODRÁ SER OBJETO DE SANCIÓN O PROCESAMIENTO EN SEDE PENAL.*

*En ese sentido, es necesario considerar que la atipicidad se presenta ante la ausencia de todos o de algunos de los elementos de un tipo penal determinado; por lo que, BASTA QUE EN UNA DETERMINADA CONDUCTA NO CONCURRA ALGUNO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE UN DELITO DETERMINADO, PARA QUE LA CONDUCTA SEA CONSIDERADA COMO ATÍPICA Y, POR TANTO, NO CONSTITUTIVA DE DELITO<sup>7</sup>.*

*8. En efecto, la ATIPICIDAD del comportamiento imputado, por falta de correlación entre este y el tipo penal atribuido, es reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la República (refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción, que en el nuevo sistema procesal penal recibe el nombre de EIA), como un supuesto que fundamenta la procedencia de esta Excepción, en los siguientes términos:*

*"(...) la excepción (...) tiene su fundamento en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Estado y en el*

artículo II del Título Preliminar del Código Penal que aluden al "principio de legalidad" como base de toda imputación penal.

*En tal sentido, esta excepción sólo procede cuando el hecho por el cual se viene instruyendo al encausado: i) no constituye delito, o ii) no sea justiciable penalmente.*

*El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causal persona de exclusión de pena o excusa absolutoria.”<sup>8</sup>*

9. En efecto, los supuestos de ATIPICIDAD para la procedencia de la EIA pueden ser: Atipicidad Absoluta o Atipicidad RELATIVA. La ATIPICIDAD es entendida como la falta de adecuación directa o indirecta de la conducta del procesado al tipo penal que se le imputa, lo cual puede ocurrir en dos hipótesis: a) cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta del sujeto adolece de algún elemento allí exigido, esta es una atipicidad relativa, la cual se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo; y, b) CUANDO LA CONDUCTA DEL SUJETO NO CONCUERDA CON NINGUNO DE LOS ELEMENTOS LEGALMENTE DESCRITOS EN EL TIPO PENAL, ES LA AUSENCIA ABSOLUTA DEL TIPO, O ATIPICIDAD ABSOLUTA<sup>9</sup>.

10. Del mismo modo, debe resaltarse que la conducta desplegada por el agente, para ser considerada típica, requiere no sólo de los elementos objetivos, sino también de la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Si faltara algún elemento del tipo, la conducta no será delito, por ausencia de tipicidad.

11. Así, el pleno jurisdiccional celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 6-97, estableció que “la ausencia del dolo u otros elementos subjetivos distintos a este son causa suficiente para amparar una excepción de naturaleza de acción”<sup>10</sup>.

12. En ese sentido, queda claro entonces, que la presente excepción puede ser deducida no solamente cuando el hecho no está recogido como delito en el ordenamiento jurídico, sino también por considerar que los hechos imputados SON ATÍPICOS (es decir, QUE NO CONSTITUYEN DELITO), debido a que la conducta imputada al procesado no encuadra en el tipo penal denunciado, ante la falta de todos o alguno de los elementos del tipo penal imputado.

13. Este último supuesto es el que concurre en el caso de mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito que se le ha atribuido, en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, conforme se desarrollará a continuación.

14. Del mismo modo, ligando la conducta expuesta con la IMPUTACIÓN OBJETIVA, SE COMPRENDE A ESTA COMO DELIMITADORA DEL INJUSTO del comportamiento, que a diferencia del dogma causal (teoría de la causalidad) expuso la siguiente tesis: “Toda conducta puede ser declarada típicamente relevante solo por su significado anti normativo y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta”. El contenido de la imputación objetiva está vinculado al marco de un sistema penal funcional normativista y se inspira en un principio social-funcional. La razón es porque la sociedad configura sus propias instituciones y delimita entre lo socialmente permitido y lo ilícito, de manera que, funcionalmente, no se vea perjudicada; por ello, se afirma que: “[...] EL OBJETO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ES LA AVERIGUACIÓN Y LA

FIJACIÓN DEL SIGNIFICADO SOCIAL DE UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO. Es decir, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado del socialmente inadecuado”.

15. Eso, nos lleva al planteamiento de la TPR, LA CUAL IMPLICA QUE NO SE PUEDE RESPONSABILIZAR A UNA PERSONA POR UN ILÍCITO QUE CAUSÓ O FAVORECIÓ EN SU COMISIÓN MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO GESTADO COMO PARTE DE SU ROL SOCIAL (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo; en otras palabras, la TPR es “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación”. Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social.

16. Es decir, LA TPR ES UNA TEORÍA EXCLUYENTE DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA DE QUIEN OBRA CONFORME CON UN ROL ESTEREOTIPADO DENTRO DE UN CONTEXTO DE INTERVENCIÓN PLURAL DE PERSONAS EN UN HECHO SUSCEPTIBLE DE IMPUTACIÓN. Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social. En ese sentido, se debe tomar en cuenta que, mi patrocinado, cuenta con una conducta intachable en el Consejo Nacional de la Magistratura, porque él fue el único que desde el 2016, por escrito indicó que en lo único que participaría, era en las entrevistas, y solo cuando era ponente de alguien.

*IV. FUNDAMENTOS FÁCTICO – JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN LA COMPLETA ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO ATRIBUIDO A MI PATROCINADO*

*A) Sobre la imputación del nombramiento de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como Fiscal Adjunto Provincial de Familia del XXXXXXXXX*

*1. De los audios descritos en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, contra mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, NO EXISTE NINGÚN AUDIO NI NINGUNA PRUEBA, QUE SINDIQUE A MI PATROCINADO, HABER INCURRIDO EN ALGUNA IRREGULARIDAD.*

*2. Mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha participado en el examen escrito del ex Fiscal XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, porque desde el año 2016, no perteneció a la Comisión de Nombramientos, la cual era de responsabilidad de los consejeros XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, fueron ellos los encargados de ponerle la calificación, asimismo evaluaron su curriculum vitae y por ende, el antes mencionado, paso a la última etapa de la entrevista personal en los primeros lugares.*

*3. En la entrevista personal mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no tuvo ninguna participación, ya que la ponente fue la Consejera XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, responsable de evaluar a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y adicionalmente pregunto el ex consejero XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. (Se adjunta el video de la entrevista y que acredita lo fácil y sencillas de las preguntas en que ambos ex consejeros formularon al Señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX).*

4. Sin embargo, ninguno de estos consejeros está denunciados, ni XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que es el presidente de nombramientos del Consejo Nacional de la Magistratura, a pesar de ser los tres responsables principales, de más del 85 % del total de la nota final del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

5. Con las notas que le pusieron los seis ex consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, fue nombrado por UNANIMIDAD, ya que estaba en un puntaje inalcanzable, gracias, a las evaluaciones mencionadas. (Se adjunta la resolución de nombramiento de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX).

6. En la conversación del 17 de abril de 2018, entre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, le dijo textualmente: XXXXXXXXXXXX fue tu ponente no?, si respondió XXXXXXXXX, luego XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX le dijo: ¿Quién más te preguntó? y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX respondió XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX; pese a todo lo expuesto NINGUNO ESTA INVESTIGADO.

7. Finalmente, al no encuadrar la conducta de mi patrocinado en el delito de patrocinio ilegal, ya que el actuó únicamente en la votación respetando la meritocracia de los que estaban en los primeros lugares, el Congreso rechazó el COHECHO DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, sin embargo, la fiscalía lo ha incluido A MI defendido en el delito de patrocinio ilegal, contradiciendo al Congreso de la República.

(Se adjunta al presente, la acusación del congreso por cohecho en el nombramiento de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y la votación que no prosperó al no haber ningún delito ni nada irregular en la conducta de mi patrocinado).



8. Mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ha tenido una CONDUCTA INTACHABLE EN EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA, porque él FUE EL ÚNICO que desde el 2016, por escrito indicó que en lo único que participaría, era en las entrevistas, y solo cuando era ponente de alguien.

9. Asimismo, desde el 2016 hasta el 2018, mi patrocinado solicitó, que las notas de los postulantes sean firmadas por los siete consejeros, porque las notas eran anónimas, pero NINGUNO DE LOS SEIS EX CONSEJEROS DEL CNM, ACEPTARÓN FIRMAR Y NO ROMPER LAS NOTAS DE LA ENTREVISTA, TAMPOCO ACEPTARÓN QUE LAS ENTREVISTAS SEAN CON BALOTAS YA QUE ERAN EVIDENTES LAS ENTREVISTAS CON PREGUNTAS DE GASTRONOMÍA, DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, DE LA VIDA PERSONAL DE ARAGÓN, DE CARÁCTER SUBJETIVO DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, Y DE PRIMEROS CICLOS DE DERECHO DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX O SUBJETIVAS DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. (se adjuntan en copia simple dichos escritos).

*Atipicidad Del Comportamiento atribuido a mi Patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX*

1. En el presente caso, se le está investigando a mi patrocinado por el delito de patrocinio ilegal, que se encuentra descrito en el Código Penal, de la siguiente manera:

*Artículo 385º Patrocinio Ilegal.-*“El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.

(..)

1. De lo antes descrito, cabe precisar que mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha cometido el delito de Patrocinio Ilegal, a que los hechos que se le imputan son ATÍPICOS y no configuran la acción típica del delito que se le imputa, (RESPECTO AL CUAL, YA SE HAN DESARROLLADO LOS FUNDAMENTOS, QUE DEMUESTRAN SU ABSOLUTA ATÍPICIDAD, RESPECTO A MI PATROCINADO).

POR TANTO:

A Usted, Señor Juez, solicito: Se sirva valorar los argumentos esgrimidos en el presente medio de defensa técnico y, en su debida oportunidad, se sirva declarar FUNDADA la EIA deducida a favor de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito de Patrocinio Ilegal, materia de investigación; disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.

Lima, XX de XXXXXXXX de 20XX

*Expediente N°: XXX-2018*

*Especialista Legal: XXXXXXXX XXXXXXXX*

*Sumilla: Deduzco EIA*

*SEÑOR JUEZ SUPREMO DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN DE PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:*

*XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, abogadX defensor del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en la Investigación Preparatoria, seguida en su contra, por la presunta comisión del delito de Patrocinio ilegal, en aparente agravio del Estado; ante usted respetuosamente me presento y digo:*

*I. PETITORIO*

*Al amparo de lo dispuesto en los artículos 6º, inciso 1, literal b) y 350º, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 957–, e invocando el Principio de Legalidad Penal y el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico Jurisdiccional, reconocidos en el artículo 2º, numeral 24, literal d) y 139º inciso 1 de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; deduzco EIA a favor de mi defendido, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debido a que los hechos por los que se ha Formalizado y Continuado la Investigación Preparatoria en su contra, SON ABSOLUTAMENTE ATÍPICAS, respecto al presunto delito*

Penal; deduzco EIA a favor de mi defendido, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debido a que los hechos por los que se ha Formalizado y Continuado la Investigación Preparatoria en su contra, SON ABSOLUTAMENTE ATÍPICAS, respecto al presunto delito contra la Administración Pública – Patrocinio Ilegal–, regulado respectivamente en el artículo 385° del Código Penal.

En consecuencia, SOLICITO a vuestro ilustre Despacho, se sirva admitir a trámite el presente medio de defensa técnico, citar a la Audiencia correspondiente, y en su debida oportunidad, declarar FUNDADA, en todos sus extremos, la EIA deducida, disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.

## II. IMPUTACIÓN

1. En la causa sub-examine, se atribuye a mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, los siguientes hechos:

Ratificación del Juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en el cargo de Juez Especializado en lo Constitucional de Lima

a) Se le imputa a mi patrocinado, que en su calidad de ex consejero del CNM, habría realizado gestiones para la ratificación del Juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en el cargo de Juez Especializado en lo Constitucional de Lima, la cual fue promovida por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y otros, por lo que habría cometido el delito de Patrocinio Ilegal.

## III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA EIA DEDUCIDA EN EL PRESENTE ESCRITO

1. El artículo 6°, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal, establece la EIA (conocida en el anterior Código Adjetivo, como Excepción de Naturaleza de Acción

y regulada con la misma redacción que en el Código vigente), en los siguientes términos:

*“Artículo 6°.- Excepciones:*

*1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:*

*(...)*

*b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.”*

*2. Esta EIA es un mecanismo técnico de defensa, que está consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal, con la finalidad de extinguir el proceso de manera definitiva, cuando los hechos que son objeto de conocimiento por el órgano fiscal, NO CONSTITUYEN DELITO o no son justiciables penalmente<sup>1</sup>. Al respecto, el Jurista ORE GUARDIA sostiene que:*

*“(...) Un concepto lato de inexistencia de delito puede abarcar no solamente la ausencia de tipicidad, que es la alegación más corriente en nuestro medio, sino también el carácter antijurídico del hecho denunciado, la inocencia del inculcado o la existencia de causas justificatorias.”<sup>2</sup>*

*3. La EIA procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente.*

*4. Sobre el particular, el Supremo Tribunal ha señalado que el supuesto jurídico consistente en “que el hecho denunciado no constituya delito” comprende dos extremos; por un lado, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en*

*el ordenamiento jurídico penal vigente, o de otra parte, QUE LA CONDUCTA DEL SUJETO NO SE ADEGUE A LA HIPÓTESIS TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA PREEXISTENTE INVOCADA EN LA DENUNCIA PENAL*"<sup>3</sup>.

5. *Al respecto, debe tenerse presente que el tipo penal es el conjunto de elementos descritos en una figura penal, cuya realización es la condición necesaria para considerar una determinada conducta humana como "típica"*<sup>4</sup>, siendo este el primer elemento del delito de la teoría del delito. En ese sentido, la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta concreta imputada coincide con todos los elementos descritos en el tipo penal del que se trate.<sup>5</sup>

6. *La tipicidad es la más valiosa consecuencia del principio de legalidad*<sup>6</sup>; pues si una conducta no es típica (es decir, no coincide con todos o algunos de los elementos del tipo penal) no constituiría delito y no podrá ser penalmente sancionada.

7. *Por tanto, cabe concluir que UN HECHO QUE NO COINCIDA CON EL TIPO PENAL, ES DECIR, QUE SEA ATÍPICO, NO CONSTITUIRÁ UN DELITO Y NO PODRÁ SER OBJETO DE SANCIÓN O PROCESAMIENTO EN SEDE PENAL.*

*En ese sentido, es necesario considerar que la atipicidad se presenta ante la ausencia de todos o de algunos de los elementos de un tipo penal determinado; por lo que, BASTA QUE EN UNA DETERMINADA CONDUCTA NO CONCURRA ALGUNO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE UN DELITO DETERMINADO, PARA QUE LA CONDUCTA SEA CONSIDERADA COMO ATÍPICA Y, POR TANTO, NO CONSTITUTIVA DE DELITO*<sup>7</sup>.

8. *En efecto, la ATIPICIDAD del comportamiento imputado, por falta de correlación entre este y el tipo penal atribuido, es reconocido por la Corte Suprema de Justicia*

de la República (refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción, que en el nuevo sistema procesal penal recibe el nombre de EIA), como un supuesto que fundamenta la procedencia de esta Excepción, en los siguientes términos:

*"(...) la excepción (...) tiene su fundamento en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que aluden al "principio de legalidad" como base de toda imputación penal.*

*En tal sentido, esta excepción sólo procede cuando el hecho por el cual se viene instruyendo al encausado: i) no constituye delito, o ii) no sea justiciable penalmente.*

*El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causal persona de exclusión de pena o excusa absolutoria."*<sup>8</sup>

9. En efecto, los supuestos de ATIPICIDAD para la procedencia de la EIA pueden ser: Atipicidad Absoluta o Atipicidad RELATIVA. La ATIPICIDAD es entendida como la falta de adecuación directa o indirecta de la conducta del procesado al tipo penal que se le imputa, lo cual puede ocurrir en dos hipótesis: a) cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta del sujeto adolece de algún elemento allí exigido, esta es una atipicidad relativa, la cual se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo; y, b) CUANDO LA CONDUCTA DEL SUJETO NO CONCUERDA

CON NINGUNO DE LOS ELEMENTOS LEGALMENTE DESCRITOS EN EL TIPO PENAL, ES LA AUSENCIA ABSOLUTA DEL TIPO, O ATIPICIDAD ABSOLUTA<sup>9</sup>.

10. Del mismo modo, debe resaltarse que la conducta desplegada por el agente, para ser considerada típica, requiere no sólo de los elementos objetivos, sino también de la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Si faltara algún elemento del tipo, la conducta no será delito, por ausencia de tipicidad.

11. Así, el pleno jurisdiccional celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 6-97, estableció que "la ausencia del dolo u otros elementos subjetivos distintos a este son causa suficiente para amparar una excepción de naturaleza de acción"<sup>10</sup>.

12. En ese sentido, queda claro entonces, que la presente excepción puede ser deducida no solamente cuando el hecho no está recogido como delito en el ordenamiento jurídico, sino también por considerar que los hechos imputados SON ATÍPICOS (es decir, QUE NO CONSTITUYEN DELITO), debido a que la conducta imputada al procesado no encuadra en el tipo penal denunciado, ante la falta de todos o alguno de los elementos del tipo penal imputado.

13. Este último supuesto es el que concurre en el caso de mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito que se le ha atribuido, en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, conforme se desarrollará a continuación.

14. Del mismo modo, ligando la conducta expuesta con la IMPUTACIÓN OBJETIVA, SE COMPRENDE A ESTA COMO DELIMITADORA DEL INJUSTO del comportamiento, que a diferencia del dogma causal (teoría de la causalidad) expuso la siguiente tesis: "Toda conducta puede ser declarada típicamente



*relevante solo por su significado anti normativo y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta". El contenido de la imputación objetiva está vinculado al marco de un sistema penal funcional normativista y se inspira en un principio social-funcional. La razón es porque la sociedad configura sus propias instituciones y delimita entre lo socialmente permitido y lo ilícito, de manera que, funcionalmente, no se vea perjudicada; por ello, se afirma que: "[...] EL OBJETO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ES LA AVERIGUACIÓN Y LA FIJACIÓN DEL SIGNIFICADO SOCIAL DE UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO. Es decir, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado del socialmente inadecuado".*

*15. Eso, nos lleva al planteamiento de la TPR, LA CUAL IMPLICA QUE NO SE PUEDE RESPONSABILIZAR A UNA PERSONA POR UN ILÍCITO QUE CAUSÓ O FAVORECIÓ EN SU COMISIÓN MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO GESTADO COMO PARTE DE SU ROL SOCIAL (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo; en otras palabras, la TPR es "una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación". Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social.*

*16. Es decir, LA TPR ES UNA TEORÍA EXCLUYENTE DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA DE QUIEN OBRA CONFORME CON UN ROL ESTEREOTIPADO DENTRO DE UN CONTEXTO DE INTERVENCIÓN PLURAL DE PERSONAS EN UN HECHO SUSCEPTIBLE DE IMPUTACIÓN. Con esto se desprende que la TPR*

*se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social. En ese sentido, se demostrará que mi patrocinado no se ha valido de su calidad de consejero del CNM, para patrocinar intereses de particulares ante la Administración Pública, ni mucho menos para la ratificación de jueces o nombramiento de fiscales o jueces.*

#### **IV. FUNDAMENTOS FÁCTICO – JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN LA COMPLETA ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO ATRIBUIDO A MI PATROCINADO**

*A) De la imputación contra mi patrocinado, sobre la ratificación del Juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en el cargo de Juez Especializado en lo Constitucional de Lima*

*1. De los audios descritos en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018 contra mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX se encuentra la transcripción del audio entre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX del 16 de mayo de 2018.*

*2. En el cual, el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, le dice a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que hablo con XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y que le dijo que lo va a resolver, por ello, este audio aparta a mi patrocinado de cualquier sospecha, porque si hacemos una línea del tiempo, estamos leyendo la transcripción del audio del 16 de mayo del 2018, y mi patrocinado converso con el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, el día 02 de mayo del 2018 y CABE PRECISAR QUE A MI PATROCINADO NUNCA NADIE LE HA HABLADO SOBRE NINGÚN "CHINO" y DE NINGÚN MAGISTRADO.*

3. Es importante entender el motivo por el cual el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, habría hablado con mi patrocinado el día 02 DE MAYO DEL 2018 en horas de la noche, y FUE PARA PREGUNTARLE SI ERA POSIBLE INCLUIR A UN CANTANTE TELONERO EN EL SHOW MUSICAL DE LIBIDO Y DR. ROCK DEL 28 DE JUNIO DEL 2018, a lo cual mi patrocinado le contesto diciéndole que lo consultaría con su promotor artístico que es el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, lo cual está corroborado, con las siguientes pruebas, que se adjunta al presente escrito:

- ✓ Contrato Privado de Promoción Artística con fecha con fecha 24 de enero del 2018, suscrito entre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y el XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
- ✓ Escritura Pública con fecha 23 de julio del 2018, expedida por la Notaria Rosalía Mejía suscrita y firmada por el XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, mediante la cual reconoce que le traslade la consulta del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, sobre el cantante telonero, y el promotor me respondió lo siguiente: que ello era posible, sin embargo, habría que coordinar temas de tiempo y de costo de los músicos que acompañarían al cantante.

4. Otro audio que desvincula totalmente a mi patrocinado, de cualquier suspicacia, es la conversación de la noche del 16 de mayo del 2018, entre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y mi patrocinado en la cual, en ningún momento se menciona al magistrado denominado el "Chino", QUIEN HABÍA SIDO EVALUADO RIGUROSAMENTE POR MI PATROCINADO EN LA MAÑANA DEL DÍA 16 DE MAYO DEL 2018.

5. Mi patrocinado, no estaba de acuerdo con la ratificación AUTOMÁTICA, creada por el ex consejero XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y los demás ex consejeros, es por eso, que en el caso del ex Magistrado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, NO PASÓ A LA SIGUIENTE ETAPA, SIN HABER SIDO DRÁSTICAMENTE Y RIGUROSADAMENTE EVALUADO, se acredita lo expuesto, con la resolución presidencial del CNM que crea la ratificación automática, y CON EL VIDEO QUE SE ADJUNTA AL PRESENTE DE LA ENTREVISTA AL JUEZ XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, EN DONDE SEIS VECES ES INTERRUMPIDO MI PATROCINADO POR ORLANDO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX PORQUE LAS PREGUNTAS QUE LE ESTABA HACIENDO A XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ERÁN INCOMODAS, PERO MI DEFENDIDO, NO HIZO CASO Y SIGUIÓ EVALUANDO RIGUROSADAMENTE.

6. Además, existió otra irregularidad, en la votación del ex Juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, cuando el presidente XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, llama nuevamente a votación por segunda vez, lo cual es incorrecto, a pesar que ya había sido ratificado con mayoría de cinco consejeros. (se adjunta el audio de la votación del juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX).

7. Mi patrocinado respetuoso, de la carta magna al votar por la ratificación dijo conforme se le escucha expresar: "voto desganadamente", porque tenía ciertas dudas, pero no eran suficientes para no ratificarlo, ya que había otros casos similares de que jueces con más ahorros habían sido ratificados, además, el juez XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX fue premiado por el CNM anterior por hacer las preguntas del examen (se adjunta dicha documentación al presente).

8. Si bien es cierto, mi cliente conversó con el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en la noche del 5 de junio de 2018, esta se refirió al pedido del señor Mendoza que cante

*un telonero, en el Show de Libido y el Dr. Rock del 28 de junio del 2018, y el amigo de Mendoza nunca cantó en el show por eso es que jamás compró ninguna entrada, y se tuvo que buscar un nuevo telonero, siendo el hijo de la señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quien le compro 10 entradas a los organizadores del show para que los músicos puedan acompañar a su hijo en el canto. (Se adjunta el documento que acredita lo expuesto).*

*9. Por lo tanto, QUEDA DEMOSTRADO QUE MI PATROCINADO NO SE HA VALIDO DE SU CALIDAD DE CONSEJERO DEL CNM, PARA PATROCINAR INTERESÉS DE PARTICULARES ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NI MUCHO MENOS PARA LA RATIFICACIÓN DE JUECES O NOMBRAMIENTO DE FISCALES O JUECES.*

*De lo antes descrito, cabe precisar que mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha cometido el delito de Patrocinio Ilegal, a que los hechos que se le imputan son ATÍPICOS y no configuran la acción típica del delito que se le imputa, (RESPECTO AL CUAL, YA SE HAN DESARROLLADO LOS FUNDAMENTOS, QUE DEMUESTRAN SU ABSOLUTA ATÍPICIDAD, RESPECTO A MI PATROCINADO).*

*POR TANTO:*

*A Usted, Señor Juez, solicito: Se sirva valorar los argumentos esgrimidos en el presente medio de defensa técnico y, en su debida oportunidad, se sirva declarar FUNDADA la EIA deducida a favor de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito de Patrocinio Ilegal, materia de investigación; disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

*Lima, 12 de XXXXXXXXXX de 20XX.*

**Caso N°: 04**

*Expediente N°: 06-2018*

*Especialista Legal: Echevarría Ramírez*

*Sumilla: Deduzco EIA*

*SEÑOR JUEZ SUPREMO DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN DE PREPARATORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:*

*XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, abogadX defensor del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en la Investigación Preparatoria, seguida en su contra, por la presunta comisión del delito de Patrocinio Ilegal, en aparente agravio del Estado; ante usted respetuosamente me presento y digo:*

*I. PETITORIO*

*Al amparo de lo dispuesto en los artículos 6º, inciso 1, literal b) y 350º, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 957–, e invocando el Principio de Legalidad Penal y el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico Jurisdiccional, reconocidos en el artículo 2º, numeral 24, literal d) y 139º inciso 1 de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; deduzco EIA a favor de mi defendido, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, debido a que los hechos por los que se ha Formalizado y Continuado la Investigación Preparatoria en su contra, SON ABSOLUTAMENTE ATÍPICAS, respecto al presunto delito contra la Administración Pública – Patrocinio Ilegal–, regulado respectivamente en el artículo 385º del Código Penal.*

*En consecuencia, SOLICITO a vuestro ilustre Despacho, se sirva admitir a trámite*

*el presente medio de defensa técnico, citar a la Audiencia correspondiente, y en su debida oportunidad, declarar FUNDADA, en todos sus extremos, la EIA deducida, disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

## *II. IMPUTACIÓN*

*1. En la causa sub-examine, se atribuye a mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, los siguientes hechos:*

*Contratación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como personal jurisdiccional, en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica*

*a) Se le imputa a mi patrocinado, que en su calidad de ex consejero del CNM, habría realizado gestiones para la contratación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como personal jurisdiccional, en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que habría cometido el delito de Patrocinio Ilegal.*

## *III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA EIA DEDUCIDA EN EL PRESENTE ESCRITO*

*1. El artículo 6°, inciso 1, literal b) del Código Procesal Penal, establece la EIA (conocida en el anterior Código Adjetivo, como Excepción de Naturaleza de Acción y regulada con la misma redacción que en el Código vigente), en los siguientes términos:*

*“Artículo 6°.- Excepciones:*

*1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:*

*(...)*



b) *Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.*"

2. *Esta EIA es un mecanismo técnico de defensa, que está consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal, con la finalidad de extinguir el proceso de manera definitiva, cuando los hechos que son objeto de conocimiento por el órgano fiscal, NO CONSTITUYEN DELITO o no son justiciables penalmente*<sup>1</sup>. Al respecto, el *Jurista ORE GUARDIA* sostiene que:

*"(...) Un concepto lato de inexistencia de delito puede abarcar no solamente la ausencia de tipicidad, que es la alegación más corriente en nuestro medio, sino también el carácter antijurídico del hecho denunciado, la inocencia del inculpado o la existencia de causas justificatorias."*<sup>2</sup>

3. *La EIA procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente.*

4. *Sobre el particular, el Supremo Tribunal ha señalado que el supuesto jurídico consistente en "que el hecho denunciado no constituya delito" comprende dos extremos; por un lado, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, o, de otra parte, QUE LA CONDUCTA DEL SUJETO NO SE ADECUE A LA HIPÓTESIS TÍPICA DE LA DISPOSICIÓN NORMATIVA PREEXISTENTE INVOCADA EN LA DENUNCIA PENAL*<sup>3</sup>.

5. *Al respecto, debe tenerse presente que el tipo penal es el conjunto de elementos descritos en una figura penal, cuya realización es la condición necesaria para considerar una determinada conducta humana como "típica"*<sup>4</sup>, siendo este el primer

*elemento del delito de la teoría del delito. En ese sentido, la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta concreta imputada coincide con todos los elementos descritos en el tipo penal del que se trate.*<sup>5</sup>

*6. La tipicidad es la más valiosa consecuencia del principio de legalidad<sup>6</sup>; pues si una conducta no es típica (es decir, no coincide con todos o algunos de los elementos del tipo penal) no constituiría delito y no podrá ser penalmente sancionada.*

*7. Por tanto, cabe concluir que UN HECHO QUE NO COINCIDA CON EL TIPO PENAL, ES DECIR, QUE SEA ATÍPICO, NO CONSTITUIRÁ UN DELITO Y NO PODRÁ SER OBJETO DE SANCIÓN O PROCESAMIENTO EN SEDE PENAL.*

*En ese sentido, es necesario considerar que la atipicidad se presenta ante la ausencia de todos o de algunos de los elementos de un tipo penal determinado; por lo que, BASTA QUE EN UNA DETERMINADA CONDUCTA NO CONCURRA ALGUNO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE UN DELITO DETERMINADO, PARA QUE LA CONDUCTA SEA CONSIDERADA COMO ATÍPICA Y, POR TANTO, NO CONSTITUTIVA DE DELITO<sup>7</sup>.*

*8. En efecto, la ATIPICIDAD del comportamiento imputado, por falta de correlación entre este y el tipo penal atribuido, es reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la República (refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción, que en el nuevo sistema procesal penal recibe el nombre de EIA), como un supuesto que fundamenta la procedencia de esta Excepción, en los siguientes términos:*

*"(...) la excepción (...) tiene su fundamento en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución Política del Estado y en el*

*artículo II del Título Preliminar del Código Penal que aluden al "principio de legalidad" como base de toda imputación penal.*

*En tal sentido, esta excepción sólo procede cuando el hecho por el cual se viene instruyendo al encausado: i) no constituye delito, o ii) no sea justiciable penalmente.*

*El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causal persona de exclusión de pena o excusa absolutoria.”<sup>8</sup>*

*9. En efecto, los supuestos de ATIPICIDAD para la procedencia de la EIA pueden ser: Atipicidad Absoluta o Atipicidad RELATIVA. La ATIPICIDAD es entendida como la falta de adecuación directa o indirecta de la conducta del procesado al tipo penal que se le imputa, lo cual puede ocurrir en dos hipótesis: a) cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta del sujeto adolece de algún elemento allí exigido, esta es una atipicidad relativa, la cual se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo; y, b) CUANDO LA CONDUCTA DEL SUJETO NO CONCUERDA CON NINGUNO DE LOS ELEMENTOS LEGALMENTE DESCRITOS EN EL TIPO PENAL, ES LA AUSENCIA ABSOLUTA DEL TIPO, O ATIPICIDAD ABSOLUTA<sup>9</sup>.*

*10. Del mismo modo, debe resaltarse que la conducta desplegada por el agente, para ser considerada típica, requiere no sólo de los elementos objetivos, sino también de la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Si faltara algún elemento del tipo, la conducta no será delito, por ausencia de tipicidad.*

11. Así, el pleno jurisdiccional celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, en el Acuerdo Plenario N° 6-97, estableció que "la ausencia del dolo u otros elementos subjetivos distintos a éste son causa suficiente para amparar una excepción de naturaleza de acción"<sup>10</sup>.

12. En ese sentido, queda claro entonces, que la presente excepción puede ser deducida no solamente cuando el hecho no está recogido como delito en el ordenamiento jurídico, sino también por considerar que los hechos imputados SON ATÍPICOS (es decir, QUE NO CONSTITUYEN DELITO), debido a que la conducta imputada al procesado no encuadra en el tipo penal denunciado, ante la falta de todos o alguno de los elementos del tipo penal imputado.

13. Este último supuesto es el que concurre en el caso de mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito que se le ha atribuido, en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, conforme se desarrollará a continuación.

14. Del mismo modo, ligando la conducta expuesta con la IMPUTACIÓN OBJETIVA, SE COMPRENDE A ESTA COMO DELIMITADORA DEL INJUSTO del comportamiento, que a diferencia del dogma causal (teoría de la causalidad) expuso la siguiente tesis: "Toda conducta puede ser declarada típicamente relevante solo por su significado anti normativo y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta". El contenido de la imputación objetiva está vinculado al marco de un sistema penal funcional normativista y se inspira en un principio social-funcional. La razón es porque la sociedad configura sus propias instituciones y delimita entre lo socialmente permitido y lo ilícito, de manera que, funcionalmente, no se vea perjudicada; por ello, se afirma que: "[...] EL OBJETO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ES LA AVERIGUACIÓN Y LA

FIJACIÓN DEL SIGNIFICADO SOCIAL DE UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO. Es decir, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado del socialmente inadecuado”.

15. Eso, nos lleva al planteamiento de la TPR, LA CUAL IMPLICA QUE NO SE PUEDE RESPONSABILIZAR A UNA PERSONA POR UN ILÍCITO QUE CAUSÓ O FAVORECIÓ EN SU COMISIÓN MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO GESTADO COMO PARTE DE SU ROL SOCIAL (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo; en otras palabras, la TPR es “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación”. Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social.

16. Es decir, LA TPR ES UNA TEORÍA EXCLUYENTE DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA DE QUIEN OBRA CONFORME CON UN ROL ESTEREOTIPADO DENTRO DE UN CONTEXTO DE INTERVENCIÓN PLURAL DE PERSONAS EN UN HECHO SUSCEPTIBLE DE IMPUTACIÓN. Con esto se desprende que la TPR se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social. En ese sentido, se busca probar que la conducta mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en el desarrollo de sus funciones como integrante y consejero del CNM, jamás ha sido realizar alguna negociación de un puesto laboral.

*IV. FUNDAMENTOS FÁCTICO – JURÍDICOS QUE DEMUESTRAN LA COMPLETA ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO ATRIBUIDO A MI PATROCINADO*

*A) De la imputación contra mi patrocinado por la contratación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX como personal jurisdiccional, en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República*

*1. De los audios descritos en la Formalización y Continuación la Investigación Preparatoria del 19 de octubre de 2018, contra mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX se encuentra la transcripción del audio entre el ex Magistrado Supremo XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y mi defendido, en la cual; el primero de los nombrados, le indica que su recomendado ya había entrado a trabajar a su Sala. CUANDO EN REALIDAD MI PATROCINADO, EN LA CONVERSACIÓN TELEFÓNICA NUNCA LE PIDIÓ QUE TRABAJE EN EL PODER JUDICIAL.*

*2. Sin embargo, esta interpretación que se le ha pretendido atribuir a la llamada telefónica previamente reseñada, no se adecúa a la verdad; ya que, al presente escrito se anexa, la Declaración Jurada suscrita por el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con DNI N° XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quien declara bajo juramento, de manera voluntaria y conforme a la verdad: que dicha persona, en su currículum vitae, COLOCA COMO REFERENCIA PERSONAL, AL DOCTOR XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX VÁSQUEZ, DEBIDO A QUE MI PATROCINADO ES UNO DE LOS REFERENTES PRINCIPALES DEL DERECHO.*

*3. Además, dicha persona señala que se ha presentado a algunas instituciones públicas y privadas, indicando expresamente que ha sido ex-alumno libre de mi defendido.*

4. Esto significa, que la recomendación a la que se hace alusión en el audio previamente referido, no se trata del hecho de que haya existido una intervención directa de parte de mi defendido, a favor de la contratación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX; sino que, por el contrario, únicamente se trata de una referencia personal que obra en la hoja de vida de dicha persona.

5. En aludida hoja de vida, sólo se consigna a mi patrocinado como su profesor y como quien puede dar referencias personales favorables o positivas, de su desempeño académico y profesional.

6. Nuevamente, este hecho no constituye ilicitud o irregularidad alguna, sino que, por el contrario, constituye una conducta socialmente aceptada y carente de riesgo penal, administrativo, constitucional o de otra índole. En efecto, el hecho de que las personas consignen, en su hoja de vida, los nombres de las personas con las que han estudiado o trabajado como referencias personales, que pueden dar fe de su buen desempeño profesional o académico, CONSTITUYE UNA CONDUCTA CARENTE DE NINGUNA RELEVANCIA O CONNOTACIÓN ILEGAL, EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

7. Esto fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso, en el que el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX llamó a mi patrocinado, refiriéndole que el alumno sobre el cual había dado referencias personales y académicas positivas, había conseguido un puesto de trabajo en una Sala del Poder Judicial.

8. Dicha conducta, no se trata entonces de que mi patrocinado haya intervenido directamente, en dicha contratación; sino que únicamente se limitó a servir de referencia personal de dicha persona, en su hoja de vida. Esta es una CONDUCTA ABSOLUTAMENTE CONFORME A DERECHO, QUE NO ENCUADRA EN

*NINGUNA INFRACCIÓN DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA, PENAL, NI MUCHO MENOS CONSTITUCIONAL.*

*9. En ese mismo orden de ideas, en LA EJECUTORIA EXPEDIDA POR LA CORTE SUPREMA (EXPEDIENTE N° 6315-97-LIMA); la carta de recomendación por sí misma no implica la configuración de los elementos objetivos para que dicho accionar sea calificado como delito de Patrocinio Ilegal, delito incluso de menor gravedad que el Cohecho o el Tráfico de Influencias. Es en virtud a ello, es decir, que, en aplicación del principio de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, si dicho accionar ni siquiera materializa Patrocinio Ilegal, menos aún otro delito de mayor gravedad.*

*10. De todo lo anterior, se desprende que al igual que respecto a la conducta previamente reseñada, mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha realizado en este caso, ninguna negociación de un puesto laboral, ni tampoco ha desnaturalizado sus funciones como integrante y consejero del CNM. Tampoco mi patrocinado ha actuado deslealmente con dicho cargo constitucional; sino que, por el contrario, únicamente se hace alusión a una conducta socialmente aceptada y plenamente conforme a Derecho.*

*11. Mi defendido, textualmente solo le dijo a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX: "DALE CUALQUIER COSA CON TAL QUE LLEVE UN PAN A LA MESA", por ende, esta conversación, es indeterminada, incierta, ambigua, no es precisa ni concreta, como tampoco es clara, ni se entiende, por ello, no se cumple la característica del principio de legalidad, que señala la doctrina y que debe ser CIERTA, PRECISA, PORQUE ESTA PROHIBIDO CREAR DELITOS CON CONTENIDO IMPRECISO.*

*Atipicidad Del Comportamiento atribuido a mi Patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.*



1. En el presente caso, se le está investigando a mi patrocinado por el delito de patrocinio ilegal, que se encuentra descrito en el Código Penal, de la siguiente manera:

*Artículo 385º Patrocinio Ilegal.- “El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”.*

(...)

*De lo antes descrito, cabe precisar que mi patrocinado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no ha cometido el delito de Patrocinio Ilegal, a que los hechos que se le imputan son ATÍPICOS y no configuran la acción típica del delito que se le imputa, (RESPECTO AL CUAL, YA SE HAN DESARROLLADO LOS FUNDAMENTOS, QUE DEMUESTRAN SU ABSOLUTA ATIPICIDAD, RESPECTO A MI PATROCINADO).*

*POR TANTO:*

*A Usted, Señor Juez, solicito: Se sirva valorar los argumentos esgrimidos en el presente medio de defensa técnico y, en su debida oportunidad, se sirva declarar FUNDADA la EIA deducida a favor de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, respecto al delito de Patrocinio Ilegal, materia de investigación; disponiendo el ARCHIVO DEFINITIVO de los actuados.*

*Lima, XX de XXXXXXXX de 20XX.*

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN**

De acuerdo con el desarrollo de la presente tesis, el delito de patrocínio ilegal supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición legal es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa. A través de esta figura delictiva se vendría a tipificar la calidad de gestor de intereses particulares. En tal entendido, resulta importante fijar criterios materiales de relevancia penal, pues no toda conducta que se le parezca puede ser reputada como delictiva; máxime al reflejar un tipo penal muy abierto, donde no se pone en detalle cual sería la conducta susceptible de afectar al bien jurídico tutelado.

El delito de patrocínio ilegal se trata de una figura poco aplicable en la justicia penal anticorrupción a comparación de otros delitos de la misma naturaleza como colusión, cohecho o negociación incompatible. Para entender y ubicar mejor el problema planteado, es decir, la influencia de la imputación objetiva en el delito de patrocínio ilegal y su aplicación en la EIA, conviene precisar algunos alcances y exponer algunas cuestiones particulares, especialmente las que atañen al tema que nos ocupa.

El problema que motivó el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva parte de la necesidad de restringir el tipo objetivo a aquellos casos que realmente interesan al derecho penal, es decir, excluir desde el principio (ya en la tipicidad o incluso antes, de manera dogmático penal consistente, razonable, aquellos cursos causales inusuales u otros casos que no deberían ocupar al derecho penal. Honig sentó las bases de la actual teoría dominante al reconocer la necesidad de una

“valoración del hecho” para restringir desde la tipicidad, antes de la valoración del sujeto aquellas conductas que el derecho reprime penalmente. Gracias a Roxin (2000) se ha alcanzado un desarrollo de la teoría que constituye ahora doctrina dominante bajo la siguiente forma: en los delitos de resultado, a partir de la verificación de la causalidad de la conducta como condición, necesaria, aunque no suficiente, se deberán aplicar criterios normativos para determinar la importancia jurídica del curso causal. Estos criterios llevarán a excluir del tipo objetivo todas aquellas conductas causales que no demostrarán guardar una relación de riesgo con el resultado producido. Por sus resultados la imputación objetiva actúa como un filtro para determinar si la consecuencia lesiva derivada de la acción típica tendría implicancias penales por haber derivado en la creación de un riesgo del alcance (o radio de acción) del tipo. En términos dogmáticos penales, la imputación objetiva consiste en una figura estructurada del injusto que, partiendo de la tarea del derecho penal como una lógica concluyente aporta precisamente lo que otras concepciones no han podido hasta ahora: la producción de una relación teleológica y político criminal entre los elementos de la teoría del injusto.

A comienzos del siglo XX, es claro para todos que la dogmática del derecho penal como en su momento lo sostuvo Maurach, fue gobernado como un tirano por el causalismo, y en el campo de la teoría del delito, el causalismo a través de la vieja teoría de la equivalencia de las condiciones, explicaba con una naturalidad y contundencia los criterios de cuando una conducta se volvía típica, y la herramienta más usual fue precisamente la teoría de la equivalencia de las condiciones, bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*. Fue fácil trasladar desde el mundo de las ciencias de la naturaleza al campo del derecho penal cuando se trata de, por ejemplo, de los delitos de sangre. Sin embargo, hoy por hoy, esa solución ya no es correcta, porque el punto de análisis ya no es dependiente del mero naturalismo,

sino que, lo que importa para determinar la relevancia típica de una conducta es el significado de antinormatividad de la conducta y no la causación que ella genera. Dicho esto, ¿cómo nace la TPR? Su fundador Reinhart Frank, quien la creó dentro de su obra cumbre *Comentarios al Código Penal alemán*, al explicar la causalidad. Según el esquema de explicación de la *conditio sine qua non*, el autor del abuso sexual no solo es quien lleva a cabo el hecho, sino también, el amigo porque si el amigo no habría prestado la habitación esta no habría llevado a cabo el delito, pero no solo el amigo, sino también el carpintero, porque si este no habría construido la cama, el amigo no habría prestado la habitación para que se lleve a cabo el delito. Y así también el padre que engendró a quien cometió el delito. Así, en la línea de la causalidad se regresaba hasta el infinitivo.

Los penalistas alemanes se dieron cuenta que a ese absurdo podía llegar una teoría puramente causal, y a partir de ello encontraron los criterios delimitadores que eviten llegar al absurdo de responsabilidad a personas ajenas en el hecho delictivo. Dentro de los tantos esbozos y propuestas que se hicieron destacó la TPR de Frank, quien refiere que todas las condiciones son igualmente equivalentes para el resultado, pero aquella condición que ha sido practicada sin dolo, sin conocimiento y sin libertad, no entra dentro de la causa, y en consecuencia rige una TPR. En ese sentido, la responsabilidad regresa solo hasta quienes aportaron dolosamente, conscientemente un hecho.

La prohibición regreso, surge entonces, como una teoría excluyente de la participación delictiva imprudente de quienes actuaron sin conocer que estaban aportando un hecho en un hecho principal doloso.

Con el paso de los años, la TPR tuvo una serie de cambios que explican el contenido de la misma. No obstante, en la actualidad si cabe diferenciarlas en dos

grandes grupos se encuentran las teorías subjetivas (con su máximo representante Roxin) y las teorías objetivas (cuyo máximo representante es Jakobs).

Para Roxin, en los casos de actuación cotidiana, si cualquier persona realiza un acto de favorecimiento a un hecho ajeno, la única razón para que esa conducta adquiriera un carácter de complicidad en el hecho principal del autor, es que esa conducta se realice de forma dolosa, en equivalente del dolo directo, pero si el conocimiento es probable, equivalente al dolo eventual, el hecho es impune.

Una teoría como la de Roxin es sugerente, como todo su pensamiento, pero es incorrecto por un sentido metodológico. La relevancia penal de una conducta no se determina en lo subjetivo, sino en un sentido objetivo. El primer elemento a analizar siempre es el tipo objetivo, si y solo si de comprobarse que esa conducta ha superado el nivel del tipo objetivo recién se pasa el tipo subjetivo. Luego, cómo se puede diferenciar si el actuante cotidiano tenía un conocimiento directo (doloso), si tenía un conocimiento equivalente al del dolo eventual (no es doloso, sino impune). Entonces, ¿cómo se puede diferenciar un hecho punible del no punible a partir del dolo? Pues el dolo, sea directo o eventual, es punible. Este razonamiento no convence. Más aun cuando en de acuerdo con el Código Penal peruano está exento de responsabilidad penal aquel que obra conforme al ejercicio de su derecho, al cumplimiento de un cargo o deber; en otras palabras, quien obra de acuerdo con su rol.

No es una causa de justificación, sino una causa de atipicidad, allí donde la conducta de manera natural refleja un obrar acorde a un ámbito de competencia, o sea acorde a un cargo u oficio, es atípico. Con ello pasamos a la teoría subjetiva de Jakobs.

Para Jakobs, no es el conocimiento sino la semántica del contacto social, del segmento parcial de la sociedad el que aportará el avance de valoración para decidir si estamos ante un hecho punible o no punible. Y si ese segmento parcial de la sociedad ha evolucionado con una propia normatividad tendría que verse en función de esa normatividad, por ejemplo, el sector pesquero, sector minero, entre otros. Si desarrollan normas especiales que delimitan los ámbitos de competencia de los funcionarios públicos, por ejemplo, si la persona no se ha apartado de esos límites conceptuales realiza un hecho atípico. Entonces, toda persona que al ejercitar un rol cotidiano que no supera esa posición jurídica tiene garantizada su atipicidad al regir una TPR.

En la TPR, en un sentido objetivo, está basado en el concepto del rol. En este ámbito, el decir que una conducta es atípica porque rige la TPR, estamos hablando de que la conducta no reúne los requisitos para ser considerado una participación punible. La conducta no es de complicidad ni de instigación, porque estamos ante una conducta neutra, inocua, estandarizada, adecuada a una profesión, a un oficio, estereotipada, entre otras tantas denominaciones que ha recibido.

En suma, nos encontramos ante el obrar acorde al rol. Todo aquel que obre conforme al rol tiene garantizado no superar los límites del riesgo permitido, o en palabras de Jakobs: Nadie responde por el puntual cumplimiento de una obligación. En otras palabras, quien no se aparta de su rol no tiene por qué responder penalmente. De esta manera el rol fija una posición o estatus jurídico, es el criterio nuclear de la imputación típica para diferenciar si estamos ante una conducta punible por complicidad o conducta neutral. Si bien es un concepto que proviene de la sociología, el contenido que se le da no tiene esta naturaleza, sino jurídico,

es normativo, valorativo; porque gracias al rol se pueden diferenciar las esferas de competencia.

El rol tiene tres características nucleares: i) el rol trasciende a toda individualidad facilitando contactos anónimos. li) el rol delimita los ámbitos de competencia y funciones, y iii) garantiza no responder por los conocimientos excedentes al rol: los conocimientos especiales, o psíquicos no son punibles.

Uno de los casos más conocidos o representativos en la jurisprudencia que alude a la TPR, donde se recogieron los criterios de la teoría funcional del derecho penal mediante la TPR. El primer caso paradigmático en el Perú se publicó en el año 2001 denominado “caso del taxista” (Recurso de Nulidad N° 4166-99-Lima) en el cual la Corte Suprema absolvió al conductor porque las pruebas demostraron que no tenía ninguna vinculación con los ladrones, por lo que su conducta fue declarada neutra por la TPR.

En el año 2004 se le excluyó a un médico la imputación de complicidad con el terrorismo porque había atendido a los heridos terroristas que se habrían enfrentado al ejército. La Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 1062-2004-Lima, consideró que el médico no se había apartado de la *lex artis*, a pesar de conocer que los heridos tenían la condición de terroristas, ya que antes del conocimiento su conducta comunicó una semántica de licitud conforme con el rol, y la juridicidad.

Conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, no se puede atribuir objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado ningún riesgo jurídicamente desaprobado, para el bien jurídico. No deben dejarse de lado el principio de confianza, la TPR y las conductas neutrales.

Ahora bien, en atención a las cuestiones anteriores, es que en la práctica forense se plantean medios técnicos de defensa, tal es el caso de la EIA (art. 6 CPP), que como se ha podido evidenciar de los casos expuestos, no se plantean de forma adecuada ante los juzgados de investigación preparatoria correspondiente.

Así, en el examen de la EIA, han de tenerse en cuenta diversas reglas jurisprudenciales definitivas y que fueron precisadas en la Casación N° 617-2021, Fundamento 8, “lo que indica que se deben respetar los hechos afirmados por la fiscalía, no es posible que se cuestione actos de investigación que no son necesarios. Asimismo, se analiza los hechos relatados por la fiscalía en su imputación, y lo importante es que exista una tipicidad objetiva y subjetiva”.

Dicho todo ello, de la revisión de los casos expuestos, se puede advertir que todos adolecen de error en su planteamiento. Así, la EIA no procede por argumentos de irresponsabilidad, inocencia o por falta de elementos de convicción, debiéndose tomar en cuenta el marco de imputación penal que se encuentran establecidos y desarrollados en el requerimiento acusatorio y su posterior aclaración e integración.

Con la puesta en vigor del Código Procesal Penal los abogados litigantes y operadores jurídicos en general se formaron en derecho procesal penal y litigación oral, pero lo cierto es que pocas veces se han preguntado por el valor de la dogmática jurídico penal. Pareciera entonces que los casos se ganarán con la litigación oral y la adversarialidad, sin embargo, ello es una lectura incompleta. La formación del Código Procesal Penal se agota solo en las técnicas de litigación oral.

Hay que tomar en consideración la diferencia que hay entre la regulación penal y la regulación procesal penal. Evidentemente el proceso penal es la vía o vehículo a través del cual va a circular un sistema para poder determinar si en un caso



concreto existe responsabilidad penal por parte de una persona natural (o jurídica). Sin embargo, lo adecuado para efectos del desarrollo de un sistema penal propio de un Estado de Derecho, es conjugar las herramientas del derecho procesal con las del derecho penal, tomando en consideración que el proceso penal es la vía o camino de realización del derecho penal.

Ello contribuiría incluso a disminuir la carga procesal que adolece el sistema penal, a través de un criterio básico como es la tipicidad a través de la determinación de si el hecho reúne los elementos objetivos del tipo. De este modo se filtrarían las denuncias que sí ameritan investigación. El Ministerio Público tiene la potestad y el deber de filtrar los casos desde su inicio para poder decidir si se inicia o no una investigación preliminar.

Si la causa se encuentra ya en etapa de investigación preparatoria, el fiscal, la defensa y/o el juez tendrá que aplicar criterios de naturaleza dogmática para determinar si en verdad hay una imputación cierta y específica. Por ejemplo, con relación a las conductas neutrales, aquellas que forman parte del día a día se trata de una cuestión que se debe de ver a través de una excepción de improcedencia de acción o con la sentencia. En la mayoría de los casos se asume que este asunto se debe de ver con la sentencia correspondiente. Sin embargo, la discusión es de puro derecho y no procesal.

En consecuencia, la dogmática jurídico penal es una herramienta esencial en la formación del derecho procesal penal. Un buen abogado litigante y magistrado deben tener una adecuada formación elemental con conceptos básicos de dogmática penal, a fin de evitar la realización de procesos penales por conductas atípicas debido a la inaplicación de criterios de derecho penal material.



## CONCLUSIONES

1. La TPR, también denominado como “prohibición de retroceso”, es el nombre que se emplea para expresar un principio de imputación objetiva, de relevante aplicación dogmática en el ámbito de la autoría y participación.
2. Cuando no sea posible imputar objetivamente el delito a una persona, por la existencia de la TPR, el mismo por medio de su defensa técnica podrá promover la EIA, porque el hecho denunciado no constituye delito.
3. Bajo este sentido, es posible fundamentar con éxito una EIA por TPR ante el delito de patrocínio ilegal.
4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República ha fijado los criterios que deben tomarse en consideración cuando se trate de deducir una EIA como medio técnico de defensa ante la imputación de un delito por parte del fiscal, como por ejemplo el delito de patrocínio ilegal.
5. Se ha podido advertir de la práctica forense, plasmada en los escritos anexos (Casos 1 al 5), que no se cuenta con los conocimientos adecuados para fundamentar de manera adecuada, conforme con los criterios jurisprudencialmente establecidos, una EIA bajo los alcances de la imputación objetiva, de forma específica la TPR en el delito de patrocínio ilegal.

6. En efecto, la EIA no procede por argumentos de irresponsabilidad, inocencia o por falta de elementos de convicción, sino que se debe tomar en cuenta solo el marco de imputación penal que se encuentran establecidos y desarrollados en el requerimiento acusatorio.

## RECOMENDACIÓN

La importancia de tener dominio en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva como teoría dogmática de delimitación y atribución de responsabilidad penal, radica en que, a través de su aplicación en los casos concretos, se garantiza una adecuada labor de contención del sistema punitivo.

De la revisión de los escritos presentados como evidencias, se pudo advertir que abogados destinados a ejercer la defensa técnica no aplicaron correctamente la teoría de la imputación objetiva (en particular la figura de la TPR) a juzgar por los argumentos esgrimidos en los referidos documentos. Por ello, se recomienda que los abogados adquieran mayor formación de cara a construir un mejor criterio y análisis al momento de plantear la EIA, de acuerdo con lo que establece la doctrina, a fin de obtener buenos resultados, como son los perseguidos al plantear un medio técnico de defensa como la EIA.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

Alpiste, L. (2006). *Seminario de Ciencias penales*. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Arana, W. (2014). *Manual de derecho procesal para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista*. Gaceta Jurídica.

Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores.

Benavente, H. (2021). *La pragmática de la imputación objetiva*. Bosch Editor.

Bramont Arias, L. A. & Bramont Arias Torres, L. A. (1995). *Código Penal anotado*. Editorial San Marcos.

Cáceres, R. E. & Barrenechea Abarca, K. (2010). *Las excepciones y defensas procesales*. Jurista Editores.

Cáceres, R. E. & Iparraguirre N., R. D. (2008). *Código Procesal Penal comentado. Concordado, jurisprudencia, índice analítico*. Jurista Editores.

Caro, J. A. (2003). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley.

Caro, J. A. (2017). *Summa Penal*. Nomos y Thesis.

Catacora, M. (1996). *Manual de derecho procesal penal*. Rhodas.

Cubas, V. M. (1997). *Proceso penal. Teoría y práctica*. Palestra Editores.

Cubas, V. M. (2015). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Palestra Editores.

- De la Cruz, M. (1996). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Fecat.
- Feijoo, B. (2002). *El dolo eventual*. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Frisancho, M. (1999). *Delitos contra la administración pública*. Fecat.
- Frisancho, M. (2013). *Comentario Exegético al Nuevo Código Procesal Penal*. (Tomo I). Legales.
- Frisancho, M. (2016). *Manual de derecho procesal penal*. Rhodas.
- Galvez, T., Rabanal, W. & Castro, H. (2010). *El Código Procesal Penal*. Jurista Editores.
- García, P. (2008). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Jurista Editores.
- Hugo, J. (2000). *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*. Gaceta Jurídica.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2ª ed., corregida). Marcial Pons.
- López, J. (1996). *Autoría y participación*. Akal.
- Mixán, F. (1988). *Derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas.
- Muñoz, F. & García, M. (2015). *Derecho penal. Parte general*. (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Neyra, J. A. (2015). *Tratado de Derecho procesal penal*. Idemsa.

- Noguera, I. (2000). *Tratado de los medios de defensa en el derecho procesal penal*. Gaceta Jurídica.
- Olivera, G. (1984). *El proceso penal peruano: legislación, teoría, práctica: mi experiencia judicial*. Talleres Gráficos Ojeda.
- Oré, A. (2011). *Manual de derecho procesal penal*. (Tomo I). Reforma.
- Oré, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, A. R. (2017). *Derecho Penal. Parte general*. (II tomos). Importadora y Distribuidora Editorial Moreno.
- Polaino, M. (2015). *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores.
- Portocarrero, J. (1996). *Delitos contra la administración pública*. Editora Jurídica Portocarrero.
- Reyna, L. (2011). *El proceso penal aplicado*. (2ª ed.). Grijley.
- Riggi, E. (2008). *Derecho penal: Parte general*. Lexis Nexis.
- Robles, R. (2015). *Estudios de dogmática jurídico penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. BdeF.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.
- Rosas, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal*. Pacífico Editores.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Civitas.



- Salas, C. (2011). *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. (3ª. Ed.) Grijley.
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la administración pública*. (4ª. Ed.). Grijley.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Inpeccp.
- San Martín, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Grijley.
- Urtecho, S. E. (2007). *Los medios técnicos de defensa y el nuevo proceso penal peruano*. Idemsa.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Villa, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores.
- Villa, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.

## **Electrónicas**

- Arteaga, A. (2018). *El delito culposo en los delitos de tránsito desde el enfoque de la imputación objetiva* [Tesis de Titulación, Universidad Central del Ecuador]. <https://bit.ly/3U5aKgy>
- Benavente, H. (2005). *La imputación objetiva en la comisión por omisión* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://bit.ly/3UCZpEn>

- Brito, S. I. (2017). *La imputación objetiva en los estados de inconciencia y su ubicación dogmática en la teoría del delito en el Código Orgánico integral penal* [Tesis de Titulación, Universidad de Cuenca]. <https://bit.ly/3fstalQ>
- Carbajal, Y. (2018). *La imputación objetiva como fundamento del concepto de 'delito previo' de la receptación* [Tesis de Maestría, Universidad San Martín de Porres]. <https://bit.ly/3sSuCY7>
- Cedeño, J. D. (2011). *La imputación objetiva a través de la prueba de atribución de intenciones en la investigación del Ministerio Público* [Tesis de Titulación, Universidad de San Carlos]. <https://bit.ly/3sRDLjE>
- Daza, C. (2014). *Imputación objetiva en la participación y tentativa culposas* [Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla]. <https://bit.ly/3U0O4On>
- De Paz, S. (2013). *La imputación objetiva en materia penal* [Tesis de Titulación, Universidad San Carlos de Guatemala]. <https://bit.ly/3UofKfZ>
- Espino, R. D. (2020). *La TPR en las conductas neutrales en la jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2010 al 2019* [Tesis de Maestría, Universidad César Vallejo]. <https://bit.ly/3sUOtWH>
- García, D. (1964). Comentarios al Código de Procedimientos Penales. *Derecho PUCP* (23), 12-157.  
<https://bit.ly/3WutRSQ>
- Gutarra, J. A. (2019). *La teoría de: La TPR y la imputación objetiva, Perú 2018* [Tesis de Titulación, Universidad César Vallejo]. <https://bit.ly/3NuJuFw>

Lamas, L. (2012). Una aproximación a la teoría de la imputación objetiva. *Advocatus* (026),117-143.

<https://bit.ly/3UiQJCP>

Maraver, M. (2007). *El principio de confianza en el Derecho Penal* [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. <https://bit.ly/3tcYr65>

Mena, J. P. (2016). *Imputación objetiva versus infracción al deber de cuidado. Capacidad de rendimiento para imputar el resultado imprudente* [Tesis de Maestría, Universidad de Costa Rica]. <https://bit.ly/3zE8cO9>

Obregón, D. H., Cotrina, L. A. & Gómez Ampudia, L. B. (2015). *La TPR como excluyente de la imputación objetiva en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos* [Tesis de Titulación, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. <https://bit.ly/3sUZw2g>

Pazmiño, J. R. (2016). *Imputación objetiva y COIP* [Tesis de Titulación, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. <https://bit.ly/3sSx94q>

Pinedo, C. (2012). *La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional – normativista* [Tesis de Titulación, Universidad de Piura]. <https://bit.ly/3fpjmzz>

Piña, P. (2013). *Teoría de la imputación objetiva* [Tesis de Titulación, Universidad Científica del Perú]. <https://bit.ly/3NuJDZA>

Quebradas, D. F. & Gutiérrez, D. A. (2013). *Imputación objetiva, nacimiento, alcance, características y definiciones propias*. Universidad ICESI. <https://bit.ly/3U3p0q3>

Quintero, R. (2020). *Delimitación de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima desde una perspectiva constitucional* [Tesis de Maestría, Universidad Libre de Cúcuta]. <https://bit.ly/3sRUKCs>

Reynaldi, R. C. (2017). *Imposibilidad de fundar una EIA por falta de imputación concreta* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. <https://bit.ly/3zFEPek>

Rosales, D. (2008). *La complicidad en los delitos de organización personal mediante conductas externamente neutrales: Una solución desde la TPR* [Tesis de Titulación, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://bit.ly/3zGNME2>

Torrejón, D. A. & Vásquez, A. L. (2016). *La teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, y su aplicación en las fiscalías penales en el marco del nuevo código procesal penal* [Tesis de Titulación, Universidad Nacional de la Amazonía]. <https://bit.ly/3UnauJi>

## **Jurisprudenciales**

Corte Suprema de Justicia de la República. (7, marzo de 2001). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4166-99.

Corte Suprema de Justicia de la República. (16, septiembre de 2004). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2270-2004-La Libertad.

Corte Suprema de Justicia de la República. (22, diciembre de 2004). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1062-2004-Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República. (23, julio de 2007). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 7765-2006-Ayacucho.

Corte Suprema de Justicia de la República. (14, septiembre de 2012). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3078-2011-Puno.

Corte Suprema de Justicia de la República. (18, mayo de 2017). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1973-2016-Lima.