

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ESTADO DE DERECHO

Róger Yon Ruesta*
Armando Sánchez Málaga C.**

Los principios del Derecho forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, muchas veces ellos son tomados como enunciados sin aplicación efectiva en los casos que se presentan en la realidad, siendo parte únicamente de una olvidada literatura jurídica, sin cumplir por tanto el importante rol que juegan dentro de un Estado de Derecho.

En el presente artículo, los autores nos muestran, precisamente, la importancia de aplicar los principios del Derecho Penal. Así, a través del interesante análisis de una sentencia de la Primera Sala Superior Penal de Lima para procesos con reos en cárcel, detallan cómo el principio de presunción de inocencia es claramente dejado de lado.

* Abogado especializado en Derecho Penal y Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Róger Yon & Abogados.

** Alumno de sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

" El constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de Derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente " políticas ", sin incidencia jurídica práctica" ¹.

-Gustavo Zagrebelsky

El objeto del presente trabajo es brindar una visión de cómo el principio de presunción de inocencia, consagrado en nuestro orden constitucional de 1979 y en el vigente de 1993, así como en tratados internacionales de derechos humanos, no ha sido incorporado en múltiples resoluciones de distintas instancias penales, siendo que muy pocas de las mismas lo encaran como una obligación de adoptar rigurosidad en la formulación de juicios de imputación y de atribución de responsabilidad penal para que sus resoluciones adquieran la razonabilidad que les permita arribar a una decisión justa. Inexplicablemente, un principio que es base del sistema penal guarda mucha distancia con la práctica penal, ya que no es aplicado ni desarrollado por los operadores de control social (policías, fiscales, jueces, etcétera), los que, en un número significativo y preocupante, suelen practicar, más bien, la máxima de la presunción de culpabilidad. ¿Es eso posible en un Estado social y democrático de Derecho como el que señala nuestra Carta Magna? ¿Tal realidad nos ayuda a pretender decisiones judiciales previsibles, razonables y por tanto justas?

El tema a desarrollarse se enmarca en la Teoría General del Derecho, pretendiendo brindar una visión respecto a la aplicación del principio de presunción de inocencia en la práctica jurisprudencial penal y la importancia de dicho principio como fundamento primario de atribución de responsabilidad penal de cara a la obtención de resoluciones justas. La búsqueda de un análisis jurisprudencial objetivo resultará acompañada por el entusiasmo de cambiar una realidad jurisprudencial que viene produciendo resoluciones intuitivas, prejuiciosas y especulativas; de ahí la ambición del presente trabajo en traer a debate la importancia de la aplicación de valores y principios como fundamento de una decisión justa. Y qué mejor medio de cumplir nuestro objetivo que hacerlo a través del análisis de una resolución judicial, ilustrando así la relevancia del principio de presunción de inocencia.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad legislativa y la actuación jurisdiccional son dos variables que permiten medir el estado del Derecho Penal en el contexto peruano y fijar pautas respecto a cómo éste debe ser orientado. En el presente artículo, efectuaremos un análisis y propuesta respecto a la actuación del juez penal, esencial a la hora de pretender evaluar en el caso concreto la función motivadora del Derecho Penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, que prescribe una serie de garantías y principios que conforman el marco de protección de todos los ciudadanos frente a la actividad punitiva estatal, la que se concretiza finalmente en la actuación de los órganos de control social. En específico, se pretenderá hacer hincapié en el principio de presunción de inocencia como margen de atribución de responsabilidad penal. Al respecto, nuestro trabajo está orientado por lo señalado por el profesor Luigi Ferrajoli, quien menciona que " la culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio– la que forma el objeto del juicio" ².

Es pertinente afirmar *ab initio* que la labor del juez penal no consiste en una irreflexiva " aplicación de la ley" (habría que preguntarse primero cuál es el contenido de esa ley) y menos aún en " hacer justicia según considere conveniente" . La difícil tarea del titular de la función jurisdiccional consiste en " alcanzar una resolución justa" , llevando a cabo un razonamiento jurídico de cara al caso concreto, el cual se sustente en el respeto a las mínimas garantías que el Estado constitucional peruano otorga a sus ciudadanos y cuyo resultado vaya acorde con una realidad social como la que enfrenta. Es decir, que no basta limitarse a la " consagración" de principios en un texto constitucional, como temática enunciativa muerta, sino que estos deben integrar la actuación dinámica diaria del juez penal, con el objetivo común de construir una sociedad más justa, en la que las decisiones judiciales sean previsibles, razonadas y puedan ser contradichas.

Surge, a primera vista, una interrogante respecto a lo que se debe entender por el término justicia. ¿Es justicia acaso la aplicación de la ley? ¿Será justicia la imposición de una drástica sanción al sujeto culpable? ¿La justicia se traduce en una actuación eficaz del juez penal? Dar una respuesta afirmativa a tales interrogantes es limitarse a una concepción parcial y poco democrática de la problemática de la justicia. ¿Acaso nos hemos preguntado cuál es el contenido de la ley aplicada? ¿O cuál es la finalidad de la imposición de una drástica

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia". Madrid: Trotta. 1995. p. 93.

² FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Madrid: Trotta. 1995. p. 549.

sanción? ¿Cuáles son los factores en los que el crimen se origina y la realidad en la que se enmarca? ¿O es que el ciudadano es mero instrumento de la justicia y debe verse sometido a un aparato estatal violento que pase por alto sus derechos en *pro* de lograr la satisfacción de la comunidad por una “sentencia justa” que satisfaga a una población con razón impaciente? Desde ya, deberá afirmarse lo señalado por el profesor Gustavo Zagrebelsky, quien plantea una idea de justicia como algo concreto, materialmente verificable y señala que “la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a **ideas objetivas de justicia** que imponen deberes”³. Así, la justicia resulta un término complejo que implica el logro de cometidos propios de la esencia del Derecho Penal como instrumento protector de bienes jurídicos, no debiendo limitarse a un concepto meramente abstracto, sino que se verifique en hechos, conforme señala el profesor citado, quien respecto al principio de justicia refiere que su “resultado constitucional no viene dado, sino que debe ser construido. Esto podrá tener lugar, precisamente, en una situación en que se garanticen los derechos individuales”⁴.

La justicia no es sólo eficacia, va más allá. Implica el respeto de garantías mínimas propias de un Estado social y democrático de Derecho, que es fruto de siglos de lucha social y política, fenómenos que han conllevado a sociedades en las que la protección de la dignidad de la persona humana ha de ser medio y fin de toda actuación estatal. Así, toda actuación jurisdiccional debe remitirse a los principios –y el de presunción de inocencia es uno de primer orden– no sólo porque lo consagre la Constitución y la aplicación de la ley penal haya de ser conforme al orden que ésta establece, sino porque es fundamento de una Administración frente a la cual el ciudadano pueda defenderse y de la cual no sea instrumento de constatación de validez del orden social. No olvidemos que la protección de la dignidad y el bienestar de sus ciudadanos es medio y fin de toda sociedad, por lo que la justicia –y la presunción de inocencia como factor determinante de la misma– ha de ser factor preponderante de toda actuación jurisdiccional.

II. ¿CÓMO VEMOS LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

En el presente artículo, se pretende otorgar una visión crítica de la problemática actual en materia de justicia

penal y, en concreto, respecto al papel que juega el principio constitucional de presunción de inocencia en la actuación jurisdiccional de cara a un pronunciamiento judicial motivado y razonable, frente al cual el ciudadano pueda defenderse. Ello nos hará cuestionar cuál es el real fundamento de la imposición de una sanción penal y, en específico, cuáles son los criterios mínimos para que el Estado recurra al arma más violenta de la cual dispone: el Derecho Penal.

Se procede a analizar una sentencia emitida por la Corte Superior de Lima, la que es representativa de aquella vertiente muy común de la jurisprudencia, que opta por acudir a un razonamiento de atribución de responsabilidad penal sobre la base de elementos especulativos, con los que construye una “presunción de culpabilidad” respecto al procesado. A lo largo del examen, se hará evidente, por un lado, los efectos nefastos de someter a valoración un caso construido sobre la base de especulaciones vulnerando así la presunción de inocencia y, por otro lado, lo fundamental que resulta revalorar los principios del Derecho Penal como presupuesto de decisiones justas. Afortunadamente, la condena de dicha arbitraria resolución ha sido recientemente revocada por la Corte Suprema de la República, la cual ha declarado la inocencia de la condenada en virtud a fundamentos jurídicos, cuyo principal referente es el principio de presunción de inocencia; lo que demuestra lo trascendental que resulta un Derecho Penal de cara a principios y valores que limiten el ejercicio punitivo estatal. La diferencia entre ambos pronunciamientos es simple: ¡Quince años de cárcel!

Así, el 13 de abril de 2005, la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima, en el expediente 3056-98, condenó a la señora Rosa Elvira Costa Luque como coautora del Delito contra la vida, el cuerpo y la salud –**HOMICIDIO CALIFICADO** en la modalidad de asesinato con crueldad y alevosía prevista por el artículo 108 numeral 3 del Código Penal– en agravio de Jorge Luis Azaña Soto, imponiéndole la pena de 15 años de privación de la libertad con ejecución efectiva; sobre la base de los **siguientes hechos**:

1. El Fiscal Superior formuló **acusación** contra los procesados Daniel Delgado Villarreal (reo contumaz) y Rosa Elvira Costa Luque (reo libre), al considerar probada su responsabilidad por el delito de homicidio calificado previsto por el artículo 108 inciso c del Código Penal, en virtud a lo siguiente: el 22 de octubre de 1998 en la playa Sarapampa-Pasamayito, altura del kilómetro 105 de la antigua Panamericana

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 95.

⁴ Ibid. p. 96.

Sur del distrito de Asia-Cañete, efectivos policiales, al recibir una llamada telefónica anónima, se dirigieron y constataron el hallazgo de un cadáver no identificado, de sexo masculino, sepultado en la arena, siendo posteriormente identificado como Jorge Luis Azaña Soto.

2. El mencionado fiscal presentó como **pruebas de cargo** lo siguiente:

a) Atestado Policial 525-IC.

b) Manifestación policial de Fresia Odilia Gonzáles Pomacaja, viuda del occiso, quien indicó lo siguiente:

- Por versión de su difunto esposo, tomó conocimiento que los acusados, entre ellos la señora Rosa Elvira Costa Luque, fueron las personas que lo interceptaron en el Cine Salamanca el 6 de septiembre de 1998, amenazándolo de muerte a él y a su familia. Además, el 7 de septiembre de 1998, la procesada Rosa Elvira Costa Luque lo llamó a su casa buscando a su esposo, concurriendo éste el 8 de septiembre de 1998 a la casa de la citada procesada, donde fue interceptado por ella atribuyéndole ser el secuestrador de sus hijos, siendo que, a la salida de la casa, fue secuestrado y subido a un auto, donde sus secuestradores le confesaron que Rosa Elvira Costa Luque los había contratado para asustarlo por lo que le sugirieron que se esconda para que ésta piense que lo tenían secuestrado.

- Ello motivó que el 9 de septiembre de 1998, su esposo concurriera a las oficinas de un abogado, donde preparó una solicitud de garantías personales para presentar en la Prefectura de Lima.

c) Declaración Testimonial de Martín Alfredo Aguayo Risco, esposo de la procesada Rosa Elvira Costa Luque, quien señaló:

- La víctima Jorge Luis Azaña Soto fue su chofer durante dos años, hacia 1993, siendo nuevamente contratado entre julio y agosto de 1998 para que hiciera un seguimiento personal contra su esposa, la procesada Rosa Costa Luque, descubriendo que ésta sostenía una relación sentimental con Daniel Delgado Villarreal. Por ello, al verse los procesados descubiertos por el difunto en sus relaciones amorosas, fueron los autores intelectuales de la muerte de Jorge Luis Azaña Soto.

- El 5 de septiembre de 1998, retiró a sus hijos de la casa donde residía Rosa Costa Luque, contando con la ayuda de Jorge Luis Azaña Soto. Luego, el 7 de septiembre de 1998 recibió una llamada del ahora occiso, donde le refirió que la acusada Rosa Costa Luque lo había estado buscando para conocer el paradero de sus hijos.

d) Registro de llamadas del teléfono celular abonado 9859388 al teléfono fijo 3234239, por el que se

aprecia que desde el teléfono celular de la procesada Rosa Costa Luque se efectuaron tres llamadas a la víctima entre el 6 y 7 de septiembre de 1998.

e) Evaluación psiquiátrica 064-966-98-MP-FN-/ML-DICEMEL, por la que se concluye que la procesada Rosa Costa Luque "(...)1.- No presenta Alteraciones Psicopatológicas de Psicosis; 2.- Personalidad de Rasgos Histriónicos; 3.- Inteligencia Clínicamente dentro de Parámetros Normales; 4.- No organicidad".

f) Pericia de grafotecnia 887/99, por la que se señala que es suficiente el número de muestras para comparar la firma en cuestión que obra en la solicitud de garantías personales a favor de Jorge Luis Azaña Soto, determinando que fue falsificada por imitación servil.

3. De acuerdo a las pesquisas científicas llevadas a cabo y el análisis efectuado, la Sala Superior llegó a determinar lo siguiente:

a) Jorge Luis Azaña Soto, antes de ser asesinado, fue amordazado con grilletes que le fueron colocados con las manos hacia la espalda, siendo torturado con violencia pues en uno de los grilletes examinados se encontró restos de sustancia blanda correspondiente a células epiteliales descamativas.

b) Se habría producido una tortura llevada a cabo aproximadamente por tres o cuatro personas, atendiendo al número de botellas que se encontraron alrededor del cuerpo del occiso.

c) El occiso fue golpeado en la mandíbula izquierda con un objeto contundente duro, presumiblemente la cachá o el tubo de una pistola, acción violenta que también se había realizado en el cráneo dada la fractura occipital que presentaba el cadáver, así como el cuello.

d) **Se presume** que para amedrentarlo habrían efectuado uno o dos disparos, razón por la que se encontró un casquillo de pistola 9 milímetros en el radio donde se ubicó el cadáver.

e) En tal sentido, puede destacarse que el agraviado fue maniatado y conducido a un lugar descampado ubicado en una playa del sur y allí fue torturado presumiblemente bajo dos móviles: "el primero: por "venganza", pues la modalidad utilizada para llevar a cabo la tortura es práctica usual en los ajustes de cuentas principalmente llevados a cabo por bandas organizadas u organizaciones delictivas contra individuos que no comulgan con sus acciones, no participan en éstas o ejercen algún tipo de acción en contra de la organización o miembros de ésta; el segundo: que la tortura se suscitara en el marco de un "interrogatorio criminal violento" para poder extraer alguna información que era requerida por los juicios y que al no poder obtenerla o luego de conseguirla con un

ensañamiento inhumano le provocaron la muerte para evitar que reconociese a los ejecutores”⁵.

- f) Efectuando un **análisis deductivo** cuyo punto de inicio empieza en el lugar de ubicación del cadáver, para luego identificar el punto de encuentro de la evaluación con los demás hechos explicados, se tiene que se encuentra probado por la forma y circunstancias de su muerte, que el agraviado fue victimado con la participación de más de una persona, ya que debió ser conducido en un vehículo particular hasta el lugar, debiendo existir una persona que conducía el vehículo y otra que lo mantenía amenazado constantemente para que el agraviado no diese aviso de su situación de peligro al pasar por las garitas de control.
- g) Dado que se encontraron un casquillo de bala de calibre 9 milímetros y grilletes para inmovilizar las manos del occiso, se colige, en uso del sentido común y las reglas de la experiencia forense, que en la ejecución del homicidio debieron participar uno o dos miembros retirados o en actividad de la Policía Nacional quienes habrían proporcionado dichos elementos, **sin descartar que la modalidad de la ejecución responde a una constante de las actividades criminales paralelas que llevan a cabo las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas.**
4. La declaración de la procesada Rosa Elvira Costa Luque durante todo el proceso (en el sumario policial, la instrucción, así como en el juicio oral) es tomada con reserva por la Sala Superior, en tanto que **ésta ha demostrado tener cierta habilidad para negar determinados hechos** que por sí han sido probados.
5. **El colegiado superior**, ante el cuestionamiento de la verosimilitud de la firma del occiso en la solicitud de garantías personales que fuera tramitada ante la Sub-Prefectura de Lima antes de ser asesinado, **señala que la pericia grafotécnica 887/99 (la cual determinó que la firma que obra en dicho documento era falsificada por imitación servil) es imperfecta** pues los peritos en el procedimiento no cumplieron con las formalidades que se requieren para llevar a cabo el cotejo comparativo.
6. Se encuentra probado, dado los testimonios de Martín Aguayo Risco y de Fresia Odilia Gonzáles Pomacaja, que el 5 de septiembre de 1998 el occiso Jorge Luis Azaña Soto, a solicitud de Martín Aguayo Risco, participó en el secuestro de los menores hijos de éste último, que se encontraban bajo la potestad de la procesada Rosa Costa Luque.
7. Está probado que el 6 de septiembre de 1998, la procesada Rosa Costa Luque se comunicó desde su teléfono celular abonado 9859388 al teléfono fijo del domicilio del occiso; que el 7 de septiembre de 1998, la procesada nuevamente realizó dos llamadas desde su teléfono celular al teléfono fijo del domicilio del occiso; por lo que se precisa un interés personal de ésta en comunicarse con el occiso Jorge Luis Azaña Soto.
8. Está probado que el procesado Daniel Delgado Villarreal, antes de la desaparición del agraviado Jorge Luis Azaña Soto, mantenía una relación sentimental con su coprocesada Rosa Costa Luque, lo que se encuentra corroborado con las fotos que obran en el expediente, de las que por sentido común se desprende una relación mucho más íntima que una simple amistad. En tal sentido, dada la relación sentimental entre ambos, se encuentra probado que el procesado Daniel Delgado Villarreal asumió como propio el interés de ubicar a los hijos de su co-procesada.
9. El móvil que impulsó a la procesada a interceptar al occiso Jorge Luis Azaña Soto no es sino la búsqueda de información en torno al paradero de sus hijos, puesto que éste era empleado de su esposo Martín Aguayo Risco, además porque había participado en el secuestro de sus hijos; **por lo que todo tipo de comportamiento sostenido contra el occiso Azaña Soto mantuvo una intencionalidad previa, incluso, que marca una vinculación entre las amenazas que se suscitaron contra éste y que motivaron la solicitud de garantías personales.**
10. Luego de analizados los hechos del 5, 6, 7 y 8 de septiembre de 1998, extrañamente el occiso Jorge Luis Azaña Soto desaparece con fecha 23 de septiembre de 1998, sin motivo alguno y pese a no tener enemigos conocidos que hayan sido señalados en autos, existiendo estricta y solamente una única vinculación de este hecho con los procesados, que se desprende en dos momentos: **primero**, una actitud permanente de la procesada Rosa Costa Luque de acceder a Jorge Luis Azaña Soto para obtener información en torno al paradero de sus hijos y **segundo**, una amenaza contra el agraviado que se suscitó el 8 de septiembre de 1998, la que prudentemente fue denunciada e imputada contra los procesados.

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

⁵ Sentencia del 13 de abril de 2005 emitida por la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima contenida en el expediente 3056-98.

El **razonamiento** –según señala la Sala Superior– utilizado para emitir dicha sentencia condenatoria fue sobre la base de la **prueba indiciaria**. La propia sentencia emite el siguiente razonamiento, el cual lleva a definir –sobre la base de un escenario especulativo contrario a la presunción de inocencia– la responsabilidad penal de la señora Rosa Elvira Costa Luque: “bajo la estricta evaluación llevada a cabo de la pluralidad de indicios que posibilitan inferencias razonables y concurrentes, llevan a este Tribunal a establecer de manera indubitable que existió concertación entre la procesada Rosa Costa Luque y los demás agentes, para llevar a cabo el asesinato de Jorge Luis Azaña Soto, (...) pues es evidente que la división de funciones previamente acordadas estuvo motivado bajo un **móvil execrable y se inicia con el descubrimiento de la relación sentimental** entre la acusada Rosa Costa Luque con su co-procesado Daniel Delgado Villarreal, generando la ruptura de la relación matrimonial entre Rosa Costa Luque y Martín Aguayo Risco, consecuentemente el secuestro de los menores (hijos de ambos) por este último con participación del occiso, lo que motivó se iniciaran acciones de ubicación e interceptación contra Jorge Luis Azaña Soto, asimismo de amedrentamiento al haber sido secuestrado por sujetos desconocidos minutos después de haberse reunido con la procesada Rosa Costa Luque el día 8 de setiembre de 1998, teniendo este último acto, relación con la citada procesada, en tanto que el móvil de dicha privación transitoria de la libertad ambulatoria estaba orientada a obligar al occiso a informar del paradero de los menores hijos de Rosa Costa Luque, hecho que se acredita en tanto que al día siguiente fue puesto en conocimiento de las autoridades (Sub-Prefectura) a efectos de lograr las garantías personales ante las amenazas generadas y que le eran imputadas a la procesada Rosa Costa Luque, circunstancia que indefectiblemente vislumbra el nexo ilícito entre la desaparición posterior del occiso y la participación delictual de la mencionada acusada y los demás agentes involucrados en el caso de autos. **Cabe precisar, que es notorio que existió un móvil criminal que llevó a la procesada Rosa Costa Luque a atentar contra la vida del occiso Jorge Luis Azaña Soto, (...) dirigido a extraerle información al agraviado en torno al paradero de los hijos de la citada procesada** sin importar que ello llevase a la muerte cruel de éste; así, el rol delictivo asumido por la procesada Rosa Elvira Costa Luque, fue la de iniciar el contacto con Jorge Luis Azaña Soto comunicándose con éste en varias oportunidades, incluso manteniendo dos reuniones previas (en una de ellas donde participó el procesado Daniel Delgado Villarreal), hecho que

posibilitó ponerlo al alcance de su co-procesado Daniel Delgado Villarreal y de las demás personas que cooperaban con éste (presumiblemente Juan Silva Cárdenas y Fernando Altez Ríos, quienes lograron efectuarle un seguimiento que fue denunciado por el occiso en su oportunidad para intentar obtener garantías personales a su favor, ubicándolo el 23 de setiembre de 1998 con la finalidad de secuestrarlo y trasladarlo contra su voluntad hasta la Playa Sarapampa-Pasamayito (lugar habitual de reunión del procesado Daniel Delgado Villarreal) donde lo torturan salvajemente hasta darle muerte”⁶.

III. ¿QUÉ ROL JUEGA EL ORDEN CONSTITUCIONAL EN LA ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL?

La Sala Superior construye una supuesta secuencia de acontecimientos para atribuir responsabilidad penal por la comisión del delito de asesinato y condenar a la señora Rosa Elvira Costa Luque a quince años de internamiento en una cárcel. La historia criminal que relatan los magistrados se compone, en primer lugar, de la constatación de que la procesada mantiene una relación sentimental extramatrimonial con su co-procesado, la cual es descubierta por Jorge Luis Azaña Soto, víctima del acto criminal.

A ello se añade que, la señora Costa Luque desea recuperar a sus hijos, de cuyo paradero supuestamente la víctima tendría información, por lo que llama al después occiso hasta en tres oportunidades y se encuentra con él en un lugar público, donde –según referencia posterior de terceras personas– lo habría amenazado de muerte, por lo que la víctima habría solicitado garantías personales. Al respecto, existe una pericia grafotécnica que señala que la solicitud de garantías es falsa, pericia que es contradicha por la Sala Superior en la medida de dudar que los peritos hayan seguido los pasos operativos para la correcta realización de una pericia de dicha naturaleza. La Sala Superior concluye su construcción especulativa apoyándose en un análisis psicológico de la señora Costa Luque, donde se establece que la misma tiene rasgos histriónicos, **insinuando los magistrados la existencia de una personalidad agresiva en la procesada**, no señalando para tal efecto que parte del examen se efectuó mientras la señora Costa Luque se encontraba detenida en la cárcel.

Sobre la base de dichos elementos, se emitió una sentencia condenatoria, que recluye a la condenada a quince años en una prisión para reos peligrosos. Sobre la base de elementos tales como la supuesta constatación de una relación extramatrimonial o la

duda frente a la corrección formal de un examen pericial, la Sala Superior optó por valorar que la procesada creó un riesgo para la vida de la víctima. Sin embargo, ninguno de los elementos presentados por la sentencia y atribuidos a la señora Costa Luque conduce a la muerte del occiso. Con dichos elementos, no existe forma de crear un nexo de imputación entre la conducta de la procesada y la muerte de la víctima.

Ello ocurre simplemente porque no existe hecho probado alguno, que se oriente hacia la muerte de la víctima con conductas de parte de la procesada como generadoras de un riesgo contra la vida. No hay forma así de encaminar elementos fácticos hacia un potencial riesgo contra la vida. En esa línea, la profesora Corcoy Bidasolo⁷ refiere que “ para poder conocer qué hechos deben examinarse, en orden a determinar su relevancia jurídico-penal, es necesario determinar cómo han sucedido los acontecimientos, es decir, es necesario probar positivamente, con una probabilidad rayana en la certeza cuál ha sido el devenir de los hechos, atendiendo a leyes generales, ya sean naturales, estadísticas o, incluso, sociales”. Entonces, no podrá existir valoración jurídico penal alguna mientras no existan elementos fácticos, probados, que permitan formular tal valoración jurídico penal.

Ante la ausencia de dichos elementos fácticos, la Sala Superior acude a la especulación y llega –sin apoyarse en hechos– a las siguientes conclusiones:

- 1) La procesada es una mujer alterada, según señala un examen psicológico que indica personalidad histriónica, razón suficiente para presumir su peligrosidad para la sociedad.
- 2) Existe un móvil que llevaría a la procesada a matar a la víctima: la venganza al supuestamente haber sido descubierta por la víctima en una relación amorosa extramatrimonial.
- 3) La procesada estuvo concentrada en la búsqueda de la víctima días antes de su muerte para obtener una explicación respecto al paradero de sus hijos que habían sido secuestrados. La Sala –en una extraña interpretación– asume que la procesada mata a quien podría haber sabido el paradero de sus hijos sin obtener información alguna al respecto.
- 4) La procesada tendría un amante, quien está procesado por Tráfico Ilícito de Drogas y a quien ella habría contactado con la víctima, siendo que existe al respecto una asociación ilícita para matar

que nace del nexo amoroso que habría entre ambos.

- 5) Entonces, se concluye que es coautora del asesinato del señor Jorge Luis Azaña Soto.

Así, resulta claro que el trabajo efectuado por el colegiado superior no se condice con lo que definimos al principio como “ construir resoluciones previsibles, razonables y contrastables”. Por el contrario, lo que hacen los vocales superiores es sustituir elementos fácticos por especulaciones para así pretender conectar algunos sucesos atribuidos a la señora Costa Luque –como si fueran hechos probados– y conducirlos hacia la muerte de la víctima. Ni la Sala, ni la Fiscalía Superior, quien según la Constitución Política del Perú ostenta la carga de la prueba, han podido descubrir o reconstruir elementos indiciarios inculpativos, que se vinculen a hechos probados de que la señora Costa Luque participó en el asesinato de Azaña Soto.

1. Criterios para un adecuado análisis jurisprudencial

Debe efectuarse el análisis técnico y crítico –de cara a la Constitución– de la sentencia anotada con lo señalado por la profesora Corcoy Bidasolo, quien refiere que “ tanto la causalidad como la imputación objetiva tiene su función y que, por consiguiente, es necesario superar la confrontación entre causalidad e imputación objetiva porque son dos instituciones autónomas y válidas, con naturalezas y finalidades propias, a lo que añade que la relación causal y la relación de riesgo deben probarse en todos los delitos, tanto comisivos como omisivos y ya sean de resultado o de mera actividad”⁸. Debe resaltarse entonces el hecho de que todo razonamiento jurisprudencial en materia penal ha de acudir siempre a las siguientes instituciones: la **relación causal**, entendida como la certeza respecto de cómo se produjo la secuencia fáctica, y la **relación de riesgo**, definida como aquel criterio de imputación que se basa en una valoración de la conducta del sujeto como creadora de un riesgo penalmente relevante el cual se ve reflejado en la idoneidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal. Luego de dicha constatación, el juzgado, recién, sobre la base del **principio de culpabilidad**, estará en la posición de fundar una imputación.

Resulta a todas luces cierto que la relación de causalidad no puede ni debe ser fundamento exclusivo de imputación alguna, ya que ello podría violentar

⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “ La Distinción entre Causalidad e Imputación Objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de Inocencia e In Dubio Pro Reo”. En: “ La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir”. Madrid: Tecnos. 2002. p. 604.

⁸ Ibid. p. 594.

gravemente principios como el de culpabilidad al atribuir responsabilidad objetiva por la mera causalidad natural de determinada acción con un resultado lesivo. Baste recordar el ejemplo de laboratorio en el que un sujeto ocasiona lesiones en el brazo a otro y al ser éste conducido al hospital para ser curado de las lesiones, la ambulancia en que va sufre un accidente en el que el lesionado resulta muerto. En dicho caso, bajo criterios estrictos de causalidad aquel que propinó la lesión podría ser sancionado por la muerte del lesionado, ya que existe una causalidad, de origen ontológico, entre la muerte del lesionado y la actuación de quien propinó la lesión, en la medida que, de no haberse producido la lesión, el lesionado jamás habría sido conducido por la ambulancia que ocasionó el fatídico desenlace. Dicho ejemplo resulta ilustrativo para denotar las serias deficiencias de un sistema de fundamentación de la sanción penal sustentado exclusivamente en la relación de causalidad. Sin embargo, resultaría errónea, o al menos imprecisa, una postura que descarte de plano la utilidad de la teoría de la causalidad en materia penal. Así, en la línea de la corriente doctrinaria citada debe considerarse que "dentro de un sistema teleológico y funcional del Derecho penal una institución como la relación causal no puede fundamentar nada, pero sí **puede y debe servir como límite previo, necesario**⁹ para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia"¹⁰.

Así expuestas las cosas, el criterio de causalidad resulta relevante para crear un límite previo a efectos de esbozar un análisis jurídico penal posterior de determinados hechos. Sin embargo, ello no es suficiente de cara a la función esencial del Derecho Penal, cual es la motivación en el ciudadano de la importancia de proteger los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Dicho objetivo es concretado por las teorías de la imputación, en la medida que no solo brindan un fundamento jurídico de cara a la imposición de una sanción penal, sino que basan la reacción penal en la exigencia de una conducta que sea evitable para el ciudadano y sobre la cual la norma jurídico penal ejerza efectivamente la función motivadora para la cual fue creada. En esa línea, la profesora Corcoy anota que "si atendiéramos, exclusivamente, al punto de vista de la finalidad de protección de bienes jurídicos la casualidad sería suficiente para fundamentar el castigo, sin embargo, desde la perspectiva de la finalidad de motivación de la norma penal sólo la imputación objetiva, en cuanto basa la imputación del resultado

en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, sirve para limitar las conductas prohibidas, en el caso concreto"¹¹.

Sin embargo, tampoco basta fundar un criterio de imputación objetiva, sino que será siempre necesario recurrir a un análisis subjetivo de la imputación que permita sostener si la conducta se ha realizado a título de dolo o de imprudencia; en caso contrario, acudiríamos a márgenes de responsabilidad objetiva, que atentan claramente contra el principio de culpabilidad.

En el presente caso, la sentencia condenatoria acude a la creación de una relación de especulaciones, sobre la base de las cuales crea una supuesta secuencia criminal. Sin embargo, no presenta hechos probados, lo cual contraría seriamente el postulado de culpabilidad aquí esbozado y que debe ser principio rector de una actuación jurisprudencial **justa** conforme a la Constitución. Así, como bien refiere autorizada doctrina, "no es posible llevar a efecto un juicio valorativo sobre la relevancia jurídico-penal de una determinada conducta si previamente no se cuenta con unos hechos racionalmente probados. Obviar la causalidad supone, en definitiva, infringir el principio de presunción de inocencia"¹².

2. Respecto al hecho probado a valorar

Resulta claro que para formular una valoración jurídico penal de cara a crear una imputación penal, es necesario que existan hechos probados que puedan ser valorados, situación que no ocurrió en el presente caso. Al respecto, resulta esencial definir que entendemos por hecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹³ define, entre otras acepciones, al hecho como la acción u obra, como cosa que sucede, como asunto o materia de que se trata, como **acción que se ha llevado a cabo**. Por otro lado, el **hecho probado** es definido¹⁴ como aquel que tras la práctica de la prueba en el procedimiento judicial, el juez considera debidamente acreditado y lo consigna así en la sentencia junto con las razones que le han llevado a ese convencimiento. Por tanto, resulta claro que un hecho es un suceso de la realidad, que definitivamente ha acontecido. No son de ningún modo hechos la mera especulación, la idea sin sustento en la realidad, el pensamiento, una opinión, una simple deducción sin antecedente fáctico que la sustente,

⁹ El resaltado es nuestro.

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. pp. 593-594.

¹¹ Ibid. p. 594.

¹² Ibid. p. 604.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la lengua española". Vigésima segunda edición. Tomo X. Lima: Q.W. Editores. 2005. p. 808.

¹⁴ FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio. "Diccionario Jurídico Básico". Madrid: COLEX. 2002. p. 188.

etcétera. El hecho es algo que ha sucedido en la realidad, que es verificable, objetivamente contrastable, sobre el cual se puede discutir (contradecir) y efectuar valoraciones. Y en el proceso penal, dicho hecho debe ser probado, es decir, debe constatar su acontecimiento, para luego de ello ser recogido y unido a otros hechos probados, los que conjuntamente serán valorados jurídicamente por el operador de control social. Es así que la relación de causalidad resulta útil y necesaria a efectos de determinar cuáles son los hechos probados, lo que constituye el primer paso del juzgamiento. Luego de ello, la imputación objetiva nos brindará las pautas para efectuar una valoración de dichos hechos probados. Así, “la distinción entre causalidad e imputación objetiva es análoga a la que “debería existir”, entre los Hechos Probados y los Fundamentos Jurídicos de una sentencia”¹⁵.

Entonces, si en la presente sentencia condenatoria no existe la aludida relación de causalidad, pues simplemente no existen hechos probados, sino meras especulaciones (como una supuesta relación sentimental, un ánimo de venganza, tres llamadas telefónicas cuyo contenido se desconoce, una solicitud de garantías personales con firma falsificada y presentada a las autoridades con posterioridad a la muerte de la víctima), no puede aludirse el establecimiento de una prueba incriminatoria, que sindique a la procesada como partícipe en los hechos. Menos aún pueden valorarse elementos de imputación para sindicarla como homicida. Desde este punto de vista, acorde con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, la presunción de inocencia exige a los operadores de control social que **no especulen**, ya que se encuentran obligados a encontrar hallazgos, hechos probados, que permitan establecer un lazo de causalidad naturalístico, para luego pasar a un juicio de imputación y determinación del nexo criminal, sobre la base de los patrones de creación de riesgo penalmente relevante. Si bien es cierto que la determinación de la relación causal es insuficiente para atribuir responsabilidad penal, sí es un paso fundamental previo. Así, en el presente caso era imprescindible primero determinar cuál había sido la causa de la muerte de Jorge Luis Azaña Soto, para luego de ello iniciar un juicio de imputación del hecho.

3. ¿Existió valoración del hecho probado conforme a los requisitos para formular la imputación?

La Sala Superior, al sustituir la valoración de hechos probados por un mero ejercicio de especulación, contraviene el derecho a la presunción de inocencia

de la señora Costa Luque y atenta contra su derecho de defensa, al verse sometida a un razonamiento frente al cual no cabe argumento fáctico o jurídico alguno. Es así sometida a una injusticia: purgar quince años en prisión, quedando absolutamente desprotegida luego de siete años de juzgamiento, en los que se la había absuelto en dos oportunidades, pero una vez declarada la nulidad de dichas sentencias, se emitió una tercera condenatoria que es materia del presente análisis. Ni la parte civil ni el Ministerio Público encontraron suficientes elementos que permitieran vincular a la procesada con la muerte de la víctima. Al respecto, cabe una reflexión acerca de cuáles son los puntos que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe evaluar antes de la formulación de una denuncia o, más aún, de una acusación.

Se trata de principios esenciales, a los cuales la actuación de los órganos jurisdiccionales también debe someterse y corregir cualquier arbitrariedad que pueda haber sido cometida por los fiscales. En pocas palabras, el Ministerio Público, primero, debe seguir tres pasos o requisitos –materialización de los tres criterios para el análisis jurisprudencial esbozados en el punto III.1.– para determinar una imputación penal: verificar la relación de causalidad en el caso concreto, vincular dicha relación a criterios de imputación objetiva de los comportamientos de los agentes y verificar si la actuación analizada obedece a un delito doloso o a uno imprudente. Estos pasos no son exclusivos del Ministerio Público, sino que adquieren especial relevancia en el trabajo del juzgador de cara a la emisión de un pronunciamiento judicial respecto a la responsabilidad penal del juzgado.

a) Relación causal

En cuanto al primer requisito, es decir la verificación de una relación de causalidad, resulta esencial la reconstrucción de una secuencia fáctica, sobre la base de hechos probados, a acontecimientos verificados, que tengan un sustento en la realidad. Esa es la principal labor del fiscal: obtener la carga de la prueba incriminatoria. En caso el fiscal no cumpla con su labor, el Estado –sea a través de construcciones especulativas, inversiones de la carga de la prueba o alteraciones del principio de culpabilidad– no puede ejercer la violencia del *ius puniendi* en contra de un ciudadano, al cual asiste la presunción de inocencia. Así, la profesora Corcoy cita claramente que “probar positivamente cuál ha sido el devenir causal es un requisito esencial de la presunción de inocencia, puesto que **la carga de la prueba corresponde a quien acusa**”. A ello agrega que “en el supuesto de

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 597.

que no exista prueba razonable de cómo se produjeron los hechos, donde por supuesto se incluiría quién o quiénes han sido autores, la presunción de inocencia debería llevarnos a un sobreseimiento o, en su caso, a una absolución”¹⁶. Es así que la actividad probatoria, que debe llevar a cabo el Ministerio Público en el caso peruano, es el único medio para desvirtuar la inocencia y atribuir responsabilidad penal; hecho que no se verificó en el caso de la señora Costa Luque, en cuya sentencia no se verifica relación causal alguna, ya que, como resulta evidente, no es posible construir una secuencia fáctica sobre la base de especulaciones o ideas sin sustento en la realidad (como una relación sentimental o un documento falsificado).

b) Relación de Riesgo

En segundo lugar, una vez detectada la secuencia fáctica construida sobre la base de hechos probados y no meras especulaciones, se procede a la valoración de dichos hechos, vinculando la actuación del sujeto investigado a criterios de imputación objetiva, que encuentre en la variable de creación de riesgo penalmente relevante como generador de una afectación al bien jurídico penal la única opción generadora de imputación jurídico penal. Así, existe una clara diferencia entre la causalidad y la imputación al tipo objetivo, existiendo una relación de prelación de la primera frente a la segunda, de tal modo que “cuando no pueda probarse la causalidad entre una conducta y un resultado ya no será necesario tratar problema alguno de imputación objetiva, puesto que no existen unos Hechos Probados que deban ser valorados”¹⁷. Así, es sobre la base de dichos hechos probados que la autoridad estatal efectúa una evaluación jurídica de los hechos frente al ordenamiento penal. En este momento, cobra especial relevancia **el principio *in dubio pro reo*** entendido como la variable que en caso de duda respecto al calificación jurídica de un hecho con aparente relevancia penal, deberá optarse por la solución más favorable para el ciudadano sometido a juicio. En la sentencia sub-análisis resulta evidente que no es posible formular evaluación alguna respecto a la presunta creación de riesgo penalmente relevante para la vida de la víctima, en la medida que no existe hecho probado alguno sobre el cual formular el juicio de valor respectivo.

c) Principio de Culpabilidad

En cuanto al último requisito, debe quedar claro que no basta la existencia en los hechos probados de una relación causal, a cuyos sujetos participante pueda atribuirse un juicio de imputación objetiva de la afectación al interés jurídicamente protegido; sino que, también, debe evaluarse si la conducta atribuida al referido participante obedece a un actuar doloso o imprudente, para evitar así los casos de atribución de responsabilidad objetiva. Aquí entra a jugar un papel vital el principio de culpabilidad, base de un Estado democrático de Derecho¹⁸, el cual se logra a través del respeto de cuatro subprincipios. En primer lugar, la responsabilidad penal es de hecho y no de autor, no pudiendo el órgano de control social efectuar distinción alguna por quién es la persona juzgado o qué condición o relaciones tiene. En segundo lugar, la responsabilidad penal debe ser personalísima, es decir que sea atribuida a la persona que efectivamente realizó un hecho probado, al cual –luego de una debida etapa probatoria y subsiguiente valoración jurídica– se le atribuye relevancia jurídico penal. En tercer lugar, la responsabilidad penal ha de tomar en consideración las circunstancias personales de la persona a la que se imputa el delito, de cara a una sanción justa. Es el claro ejemplo de la responsabilidad restringida para las personas mayores de 65 años, que establece el Código Penal peruano. Por último, el órgano jurisdiccional sólo puede sancionar una conducta que haya sido cometida a título de dolo o de imprudencia. Así, se concluye que no debe existir sanción por responsabilidad objetiva o caso fortuito.

Respecto al principio de culpabilidad, el profesor Eugenio Zaffaroni nos indica que “pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, **el principio de culpabilidad es el más importante** de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”¹⁹. El citado autor deja en claro que la dignidad de la persona humana, cuya protección es fin supremo de nuestro orden constitucional, se ve afectada ante la atribución de responsabilidad en clara

¹⁶ Ibid. p. 615.

¹⁷ Ibid. p. 600.

¹⁸ Al señalar que nos encontramos ante un **Estado democrático**, debe clarificarse lo que se entiende por democracia, ya que –bajo nuestro criterio– ésta se ha malentendido como la imposición de las ideas, creencias y opciones de la mayoría frente a una minoría que debe acatar “la voz del pueblo”. Ello no se condice con los ideales de libertad y respeto de los derechos fundamentales (como lo son el derecho de opinión y la libertad de desarrollo de un proyecto de vida personal), que son la base formativa justamente del Estado democrático moderno. La democracia es –bajo nuestra perspectiva– una fórmula que atiende la voluntad de las minorías y que se logra haciendo vivos principios como el de la culpabilidad.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho Penal”. Tomo I. Buenos Aires: Ediar. 2000. p. 132.

violación al principio de culpabilidad. Señala además que dicha afectación se produce cuando se impone una pena basada en el hecho de verificar una relación causal, es decir, en cumplimiento únicamente del primer requisito explicado líneas arriba; lo que resulta muy ilustrativo respecto al caso de la señora Costa Luque, la cual fue condenada a quince años de prisión sin siquiera haber sido probada la relación de causalidad entre su conducta y la muerte de Azaña Soto, contraviniendo de modo evidente el Principio de Culpabilidad al emitirse una sentencia que no puede enmarcarse en el orden constitucional.

4. Caracteres de una resolución conforme al orden constitucional

Sobre la base de lo expuesto, ¿resulta admisible en nuestro orden constitucional una sentencia como la descrita? ¿Qué sucede con los órganos formales de control social? ¿Es que acaso estamos asistiendo a un relajamiento total de las garantías ciudadanas propias de un Estado democrático de Derecho en pro de una aplicación de la ley aparentemente eficaz y más bien efectista? ¿Es posible hablar de justicia frente a resoluciones judiciales como la analizada? Definitivamente consideramos que no se puede hablar de justicia entendida ésta como un patrón de comportamiento de las autoridades fiscales y judiciales en pro de emitir pronunciamientos conformes a los principios, garantías y derechos que la Constitución confiere a todos los ciudadanos.

De una vez por todas debemos alejarnos del discurso coyuntural, de la pretensión de cubrir la expectativa ciudadana; para acudir a un verdadero cambio de mentalidad en el que la dignidad de la persona humana y el respeto de sus derechos sean la base de toda actuación estatal. Cualquier ley, norma, jurisprudencia, doctrina, opinión o especulación debe sucumbir ante la protección de derechos tan fundamentales como la presunción de inocencia, que en primera y última instancia protege la libertad individual, base de todo ser humano para forjarse un proyecto de vida digno. Así, solo debe condenarse y privar de la libertad a una persona cuando se haya transitado por un justo proceso, entendido éste como aquel que trata de una valoración jurídica efectuada sobre hechos probados que permiten arribar –sobre la base de criterios de imputación objetiva y subjetiva– a una atribución de responsabilidad penal legítima y contradecible. Lo que se postula en fin es brindar un claro matiz constitucional a las resoluciones penales, con el objeto de promover sentencias que cumplan con tres requisitos indispensables: que sean previsibles, razonadas y que puedan ser contradichas. La configuración de actuaciones jurisdiccionales como las que a continuación se describen son la base del Estado

democrático, que muchos de nuestros políticos y legisladores utilizan como manto protector de sus discursos y actuaciones.

A continuación se procede a explicar los caracteres que –bajo el criterio aquí expuesto fundado en el orden constitucional– debe reunir toda resolución judicial en materia penal. En primer lugar, debemos encontrarnos frente a una resolución previsible, entendida como la expectativa real de todo ciudadano de obtener una decisión estatal fundada en el Derecho y dirigida a cautelar los principios penales y garantías ciudadanas.

En segundo lugar, toda resolución en materia penal habrá de ser razonada, lo que se entiende como el producto de una elaboración jurídico penal fundada en la aplicación de normas y principios a un caso concreto. Dicho proceso será entendido como uno de razonamiento, en el que el juez sobre la base de hechos debidamente verificados, elabore una secuencia fáctica con sustento en la realidad, la que luego será sometida a una estricta evaluación y valoración jurídica, en la que los principios del Derecho Penal juegan un rol de primer orden.

Finalmente, debe exigirse una resolución que pueda ser contradicha, que permita a quien directamente afecta, ejercer su derecho de defensa frente al poder punitivo del Estado. ¿Y qué es lo que puede contradecir el ciudadano? Simplemente hechos probados, acontecimientos debidamente verificados y establecidos como objeto de un análisis objetivo del comportamiento. Al procesado podrá confrontarse hechos como si efectivamente estuvo en determinado lugar, frente a lo cual podrá presentar un documento que compruebe su presencia en un lugar distinto y así se iniciará una discusión propia de un proceso justo, en el que el procesado tendrá elementos y la posibilidad de defenderse.

Distinto es el caso como el de la sentencia de la señora Rosa Elvira Costa Luque, la cual evidentemente no resulta ni previsible, ni razonada, al atribuir responsabilidad penal a una persona sin que siquiera el titular de la acción penal haya presentado hechos probados que demuestren vínculo causal alguno de conductas de la procesada con la muerte acontecida. Por el contrario, se presenta un razonamiento basado en meras especulaciones, en presunciones sin sustento fáctico alguno; lo que deja a la condenada en un evidente estado de indefensión, recibiendo una resolución condenatoria frente a la que no puede formular contradicción alguna, ya que no existen hechos probados que desvirtuar. Solo existen especulaciones, las cuales –como resulta evidente– no soportan un juicio de contradicción y anulan toda posibilidad de ejercer válidamente el derecho de defensa. Se ha violentado

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

claramente el principio de presunción de inocencia al efectuar –la Sala Superior– un razonamiento orientado a “crear” una secuencia criminal que permitiese “dudar respecto de su inocencia” o “presumir su culpabilidad”, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio de una ciudadana. Lo cierto es que el titular de la acción penal (Fiscalía Superior. La Fiscalía Suprema le enmendó la plana) no cumplió con su labor de presentar hechos con sustento fáctico que permitan romper la presunción de inocencia.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Estado social y democrático de Derecho es aquel en el que el ciudadano tiene garantías que limitan la facultad de sancionar del Estado (*ius poenale*) y en el que dichas garantías no son meros enunciados, sino que son aplicados en la práctica legislativa y judicial. La Constitución Política del Perú vigente consagra –de manera enunciativa– un Estado social y democrático de Derecho como forma de organización y desarrollo del poder político y de estructuración de un ordenamiento jurídico en materia penal. La presunción de inocencia constituye pues uno de los elementos fundamentales del Estado aludido.

La presunción de inocencia constituye un derecho fundamental de la persona, consignado en el artículo 2 inciso 24 apartado e de nuestra Carta Fundamental de la manera siguiente: “ Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. A este derecho, que es una manifestación del derecho a la libertad personal del que todo ser humano goza, debe dársele principal ponderación “no sólo en el proceso penal, sino en todos aquellos casos que resulte una sanción o limitación de derechos”²⁰, como en el caso de un procedimiento administrativo. El profesor Claus Roxin refiere en esa línea que “la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de Derecho, en el mandato de un procedimiento llevado a cabo con lealtad. De ella se infiere, ante todo, que la pena no puede ser anticipada, esto es, impuesta antes de que se haya condenado a esa consecuencia jurídica”²¹.

La importancia del principio analizado no se reduce a un pronunciamiento constitucional, sino que traspasa fronteras y constituye una constante en distintos

instrumentos internacionales de derechos humanos. En esa línea, el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere que “ toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, máxima que es también abordada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 inciso 2 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 inciso 1. En esa línea, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se infringe el derecho a la presunción de inocencia “ cuando el Tribunal o alguno de sus miembros entra en el juicio con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado. Esto es, el contenido de este derecho se concreta en que al acusado se le presuma inocente mientras no se demuestre su culpabilidad”²². La doctrina española, haciendo especial referencia a la doctrina del máximo intérprete de su Constitución, señala que la presunción de inocencia es un principio de contenido fundamentalmente penal y que el Tribunal Constitucional de España “ ha corregido ya desde sus primeras sentencias una inexacta interpretación de este principio, en virtud del cual éste se entendía aplicable sólo ante la duda (es decir “ *in dubio pro reo*”), pues también lo es cuando no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena”²³. Es decir, que en casos como el de la señora Costa Luque, en los que el Ministerio Público no llega a presentar hechos probados que permitan efectuar la valoración materia del proceso penal, dicho principio ha de ser fundamento para la finalización de la actuación estatal en contra del particular.

Así visto el panorama normativo, podemos coincidir con el autor que refiere que la presunción de inocencia “supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, de tal manera que si no concurren tales pruebas el juez o tribunal que conozca del proceso deberá declarar la inocencia del acusado”, a lo que se agrega que “el derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales”²⁴. Es así que, en la sentencia analizada, el Colegiado Superior hizo caso omiso a dicho principio, creando un panorama especulación y una presunción de culpabilidad de la procesada, como consecuencia de que el Ministerio Público como ente encargado de

²⁰ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. “El Derecho a la Presunción de Inocencia”. Lima: Palestra. 2001. p. 39.

²¹ ROXIN, Claus. “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2000. p. 78.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Madrid: Akal. 1999. p. 81.

²³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “El proceso penal en el Estado de Derecho”. Lima: Palestra. 1999. pp. 22-23.

²⁴ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Derecho Procesal Penal”. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002. pp. 463-464.

la acusación no brindara prueba de cargo alguna.

1. Naturaleza jurídica de la institución

Actualmente, el Estado democrático ha convertido a este derecho en uno de los principios cardinales del sistema procesal. Además, su positivización como garantía del proceso y derecho fundamental nos lleva a explicarlo en una triple consideración de principio, garantía y derecho²⁵.

Pero como el nombre del derecho lo indica, éste se trata de una presunción. Dentro de las presunciones, el Derecho reconoce a aquellas llamadas absolutas (que no admiten prueba en contrario) y aquellas llamadas relativas (que admiten prueba en contrario). La presunción de inocencia se refiere a una presunción relativa o *ius tantum*, que puede ser desestimada si se cumple el presupuesto básico de una suficiente actividad probatoria, siempre que se hayan brindado todas las garantías procesales, respetándose el debido proceso del inculpado. Caso que no ocurre cuando se condena a una persona sobre la base de meras especulaciones y sin efectuar una real verificación de hechos objetivos que permitan una valoración penal, como se hizo en la sentencia condenatoria analizada. En la línea de nuestra Constitución, y en específico en el marco de la justicia penal, la presunción de inocencia no es sólo un principio del ordenamiento constitucional, sino que también constituye una garantía del ciudadano al que se le imputa la comisión de algún delito frente a la actuación penal estatal que pone en riesgo su libertad personal.

2. Fundamento

Pero, ¿cuál es el fundamento de la presunción de inocencia? Es decir, ¿por qué se prefiere sobre una presunción de culpabilidad? Es claro que la respuesta a estas interrogantes debe partir de la íntima relación entre la presunción de inocencia y la dignidad humana. El mirar a una persona como inocente es una forma de creer y respetarla como ser humano que es. Además, el Estado de Derecho exige que la limitación de la libertad de la persona sea con un mínimo margen de error. Por ello, ante la incertidumbre el trato como inocente es preferible.

En esa medida, la única manera de desvirtuar la presunción de inocencia es a través de una suficiente actividad probatoria. Así, la prueba puede ser directa o indirecta. En el sistema peruano, la regla es que se

establezca la culpabilidad de una persona a partir de lo que se conoce como prueba directa, consistente en medios de convicción relacionados de manera precisa con el hecho controvertido²⁶. Pero puede ocurrir que se arribe a la conclusión de que el procesado es culpable prescindiendo de la existencia de prueba directa que la corrobore. A ello es a lo que se le conoce como prueba indiciaria o indirecta. Para poder decir que en un caso existe prueba indiciaria que demuestre la culpabilidad de una persona, debe estar sustentada en una pluralidad de indicios probados, concomitantes y que tengan una concordancia y conexión, no solo lógica y causal, sino también objetiva²⁷. Es decir, que la aplicación de la prueba indiciaria debe ser limitada y encontrarse parametrada por los **elementos mínimos que el rompimiento de la presunción de inocencia nos exige** y que son dos: primero, la existencia de un razonamiento fiscal y judicial enfocado en tres pasos determinados: relación causal, imputación objetiva e imputación subjetiva acorde con el principio de culpabilidad; y, segundo, arribar a un respuesta estatal consistente en una resolución predecible, razonada y que pueda ser contradicha por el ciudadano.

De lo que trata el proceso penal es de llevar a cabo investigaciones que permitan establecer pruebas que corroboren o no la culpabilidad de la persona inculpada. Si estas pruebas son suficientes, entonces se podrá enervar la presunción de inocencia. Entonces, es de primera importancia el acto de la investigación y el análisis de lo actuado, pues de ello ha de depender que el que se presume inocente por derecho, pueda convertirse en culpable y condenado. En esa línea, volviendo al caso de la señora Costa Luque, no puede imputarse un asesinato a una persona por la supuesta verificación de una relación extraconyugal, o por la realización de llamadas telefónicas cuyo contenido se desconoce. Menos aún –dando por sentado que el Derecho Penal de intención ha sido definitivamente abandonado por nuestro ordenamiento constitucional– el hecho de aparentemente existir un ánimo de venganza contra la víctima puede constituir sustento de atribución de responsabilidad.

La doctrina penal y procesal penal ha efectuado una clasificación respecto a los efectos que trae consigo la aplicación de la presunción de inocencia como principio regulador de la actividad punitiva estatal. En primer lugar, cabe señalar que produce un emplazamiento de la carga de la prueba en el acusador, que en el caso peruano es el Ministerio Público, el que no solo ejercita la acción penal, sino que también se encuentra

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

²⁵ QUIJPE FARFÁN, Fany Soledad. Op. Cit. p. 15.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Vigésimo tercera edición. Tomo VI. Buenos Aires: Heliasta. 1994. p. 500.

²⁷ MIXÁN MASS, Florencio. "Prueba indiciaria". Trujillo: BGL. 1995. pp. 201-207.

encargado de conducir la investigación del delito, recreando así la secuencia fáctica y brindando al juzgador los hechos probados para efectuar la posterior valoración jurídica e imputación de responsabilidad. Por tanto, queda claro que es deber del Ministerio Público brindar aquellos acontecimientos que posean correlato verificable en la realidad, para así permitir un análisis jurídico de responsabilidad penal de cara a una sentencia justa.

En segundo lugar, surge la necesidad de una mínima actividad probatoria. Al respecto, el profesor César San Martín refiere que en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada²⁸. De modo contrario, podría llegarse a arbitrarias conclusiones como a las que arriba la sentencia condenatoria analizada, la que señala como supuesto "hecho probado" en su undécimo fundamento lo siguiente: "se tiene que se encuentra probado por la forma y circunstancias de su muerte, que el agraviado fue victimado con la participación de más de una persona, pues si se tiene en cuenta que debió ser conducido en un vehículo particular hasta el lugar, debió existir una persona que conducía el vehículo y otra que lo mantenía amenazado constantemente para que el agraviado no diese aviso de su situación de peligro al pasar por las garitas de control, por otro lado resultaba riesgoso que fuese conducido en un vehículo de transporte público o que haya sido metido a la cajuela del vehículo, por ello y ante el hallazgo de cuatro botellas de cerveza alrededor del cadáver (en su ubicación inicial), se colige que por lo menos fueron tres personas las que participaron activamente en el homicidio". De la cita anotada, se evidencia lo peligroso que resulta que los operadores de control social formal violenten la presunción de inocencia, acudiendo a la especulación y creando verdaderas historias de ciencia ficción, sobre la base de las cuales formulen títulos de imputación, que conducen –eso sí– a la privación de libertad personal por varios años.

En tercer y último lugar, es efecto de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, máxima consistente en el mandato de absolución de un procesado por duda o incertidumbre sobre su responsabilidad. Es un juicio que se efectúa al momento de la valoración jurídico penal del hecho probado, es decir al efectuar el juicio de imputación objetiva y no el de causalidad. El *in dubio pro reo* impone al juez una obligación de fallar y, ante la duda, de absolver. Este efecto es de origen romano, en el que se postulaba que "nadie puede ser condenado si no existe prueba evidente y eficiente de

los hechos imputados". Un importante sector de la doctrina distingue la presunción de inocencia del *in dubio pro reo* a través de la diferencia entre el momento de establecimiento de la relación causal y el del juicio de imputación, así la profesora Corcoy refiere que "la confusión entre relación causal e imputación objetiva adquiere especial relevancia, como ya enunciaba, en relación con el principio de presunción de inocencia que sólo afecta a la causalidad no a la imputación objetiva. La imputación objetiva, en cuanto se concibe como la valoración por el juez de los hechos probados, no resulta afectada por el principio de presunción de inocencia sino por la exigencia de motivación y congruencia y por el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, la validez de una ley causal general no puede remitirse a la cuestión de la libre valoración de la prueba, sino que el juez debe decidir si las razones expuestas por los peritos son suficientes para aceptar esa ley causal"²⁹.

Así, queda claro que es exigencia de todo proceso penal conforme al Estado democrático de Derecho el papel activo del Ministerio Público como encargado de efectuar la actividad probatoria y ser titular de la carga de la prueba, así como la existencia de órganos jurisdiccionales que emitan sentencias respetuosas del principio de presunción de inocencia. De lo contrario, seguirán existiendo condenas, como la aplicada a la señora Rosa Elvira Costa Luque, la cual fuera afortunadamente revocada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Lamentablemente, es uno de los pocos casos peruanos en los que el valor justicia finalmente se materializa.

Por último, cabe indicar que, conforme a lo expuesto en el presente trabajo, no es compartible el criterio indicado por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia 2868-2004-AA/TC, en la que señala que "el derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe **prueba plena** que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir **prueba plena** sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad". No se pretende pues aludir a un concepto de prueba plena, que es descartada de plano por la doctrina procesal penal. Lo que se propone es la construcción de una presunción de inocencia entendida como la existencia de una mínima exigencia para que toda valoración jurídico penal que efectúe el juez penal se sustente en

²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Lima: Grijley, 2003. p. 116.

²⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. pp. 601-602.

hechos probados, que sean objetiva y empíricamente verificables.

V. EL DERECHO PENAL DE HOY

Con el análisis presentado, se ha pretendido demostrar que la teoría de los principios del Derecho Penal es no sólo de gran utilidad para resolver casos, sino que resulta un parámetro esencial para la concreción del valor justicia, entendido como objetivo último y primero del sistema penal. En concreto, se ha pretendido esbozar la importancia del principio de presunción de inocencia como garantía de libertad del ciudadano, así como los efectos nocivos (¡Quince años de cárcel!) que su no aplicación conlleva.

Aun cuando en la actualidad el Derecho Penal se encuentre sometido a un repensamiento, en el que diversos sectores pretenden un Derecho Penal más ligero (esto es, más eficaz recurriéndose por ejemplo a la reincidencia, que delitos menores merezcan carcelería efectiva, etcétera) y que se base en respuestas efectistas, creemos sólidamente que –para concretar un Derecho Penal que pretenda alcanzar mínimos niveles de justicia– debemos aferrarnos a los principios constitucionales.

Un sector importante de la doctrina ha arribado al planteamiento de un funcionalismo extremo que analiza al ser humano como un instrumento de comprobación de la validez del sistema, dejando de lado un sistema basado en principios y valores, soslayando como medio y fin la protección de los derechos fundamentales del ser humano, cuya dignidad es objeto primero de protección de todo orden democrático.

Hoy en día, resulta un lugar común la discusión respecto a la consolidación de delitos de peligro abstracto, a la aplicación de remisiones inversas en materia de ley penal en blanco, la discusión respecto a la absoluta complementariedad del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo, al replanteamiento de la prohibición de regreso. Muchos de estos instrumentos son propios de la búsqueda de un Derecho Penal moderno (acorde con un listado de nuevos delitos con afectaciones *supra* individuales), que busca fundamentalmente eficacia. ¿Debe entonces el legislador ceder ante la población impaciente y quizás asegurarse un escaño por los próximos cinco años? Lo hace a menudo: reincidencia como factor de agravación de la pena, aplicación de penas más severas como cadena perpetua y postulación de la pena de muerte, prisión efectiva para faltas y delitos menores, etcétera.

Tal opción por una supuesta eficacia, que en la realidad no es tal, y el abandono casi absoluto de la garantía como fin del Derecho Penal, es la realidad que enfrentamos. Al respecto, cabe preguntarnos y reflexionar: ¿vamos a continuar aumentando las penas y abandonar, alejándonos más del sistema carcelario? ¿No nos estaremos arriesgando a que el preso nos haga recordar su existencia cuando salga luego de una más larga estadía en la cárcel?

El principio de la presunción de inocencia nos hace recordar el supuesto choque entre eficacia y garantía como fines del Derecho Penal. Al respecto, el profesor Julio Maier menciona que “aquí se nota con toda su fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función judicial del Estado en lo penal: por una parte, la necesidad de hacer efectivo el poder penal del Estado en aquellos casos reales que fundan su aplicación y, para ello, la necesidad de averiguar la verdad histórica acerca de los comportamientos de los individuos sospechados como delictivos, con el fin de garantizar las condiciones imprescindibles de la coexistencia social pacífica, y por otro, el interés individual en la propia vida, con el goce de todas las libertades y bienes jurídicos que el derecho concede, interés que, en definitiva, también ha sido asumido como social”³⁰.

El Derecho Penal de los países más desarrollados transcurrió hace ya varios años desde las concepciones ontológicas y positivistas, pasando por la crisis del positivismo y el descubrimiento de que no existen leyes científicas absolutas, hasta la formulación de una concepción normativista y funcional del Derecho Penal, que es materia de debate en la actualidad. Así, se proclamó el abandono de las llamadas teorías de la causalidad, entre las que destacaba la teoría de la equivalencia de las condiciones, que encontraban en las leyes de la naturaleza la respuesta al origen de un determinado resultado lesivo a un bien jurídico; y se optó por recurrir a las denominadas fórmulas de imputación, basadas ya no en una relación causal, natural, material, de carácter ontológico, sino en criterios normativos, valorativos, como la creación del riesgo penalmente relevante, base de la teoría de la imputación al tipo objetivo, presentada en Alemania por Claus Roxin en la década de los setenta.

El análisis respecto a una determinada actuación jurisdiccional, y la consiguiente aplicación de la legislación penal y de las instituciones del Derecho Penal a un caso concreto, debe partir de la determinación del concepto de Derecho Penal que manejamos, para fijar desde esa óptica los criterios a tomar en cuenta

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³⁰ MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2002. p. 90.

en el razonamiento que se pretende efectuar. De ese modo, debe determinarse cuál debe ser la función del Derecho Penal en la sociedad actual y qué relación ostenta con las finalidades de la imposición de una sanción penal, así como la función que dicha medida desempeña de cara a la concreción de los objetivos político criminales de la rama criminal.

Respecto al concepto de Derecho Penal, el profesor Fernando Velásquez refiere que "tal expresión se emplea en el lenguaje académico para designar tres contenidos distintos: el conjunto de normas o derecho positivo (en sentido objetivo); la facultad del Estado para ejercer el derecho de castigar (en sentido subjetivo), y la disciplina que estudia ese derecho positivo de manera sistemática (ciencia o dogmática jurídico-penal)"³¹. Tales conceptos, usualmente recogidos por los manuales de Derecho Penal contemporáneos, tienen como antecedente la corriente positivista que entendió al Derecho Penal como un Derecho de punición del omnipotente Estado que reunía entre sus leyes a un "conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto (conducta punible) asocian penas y/o medidas de seguridad o de corrección a título de consecuencia jurídica"³². Dicha definición, propia de una concepción estática o formal de la ciencia criminal, como lo refiere el citado profesor colombiano, resulta académicamente ilustrativa, pero entendida aisladamente encierra graves defectos y podría conllevar consecuencias poco deseables en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, más aún, cuando se elabora alrededor de la misma una dogmática jurídico penal limitada a la verificación de la correcta creación, conformación y ubicación de la norma jurídica penal, sin ingresar a un análisis del contenido de la misma y sin tomar en consideración la realidad social que dicha norma debiera regular.

A lo que se pretende llegar es a un concepto –desde el punto de vista constitucional– que no se limite a constatar la lógica de la conformación de una norma jurídica o de su colocación en el marco del ordenamiento jurídico, sino que se proyecte de manera dinámica en una sociedad que plantea graves retos al legislador penal y al juzgador penal. Una mera concepción formal de nuestra rama de estudio podría conllevar la legitimación de serias arbitrariedades por parte del poder estatal, que vulneren derechos fundamentales protegidos por fórmulas elementales como la legalidad y la culpabilidad. En esa medida, surge el concepto subjetivo de Derecho Penal, el cual es orientado hacia postulados fundamentales que se

reúnen en los denominados principios limitadores de la facultad punitiva estatal. En esa medida, lo que se pretende es un Derecho Penal de orden constitucional, cuya aplicación esté fundada en principios y valores cuya finalidad sea la protección de los derechos fundamentales que la Constitución consagra al ser humano.

Así, debe abandonar la concepción del juez como "mero operador del Derecho" entendida en el sentido de funcionario que aplica lo estrictamente señalado por la ley, razonamiento basado en una concepción de un principio de legalidad vacío, sin contenido, sin finalidad, y de espaldas a la realidad. La doctrina se pronuncia frecuentemente al respecto. Vale citar al profesor Hurtado Pozo, quien señala que "las decisiones judiciales, por ejemplo, no sólo deben ser tomadas teniendo en cuenta la validez formal de las normas legales, sino también considerando tanto sus consecuencias sociales, como si son o no justas"³³.

Así, a lo largo de los años, fruto de revoluciones, cambios políticos y sociales, múltiples reformas legislativas y discusión dogmática, las Constituciones de los Estados sociales y democráticos de Derecho han adoptado una serie de valoraciones o principios que han sido concebidos como criterios rectores de la actividad punitiva estatal, comprendidos como límites a dicho ejercicio y como garantía de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Uno de dichos principios es la presunción de inocencia, la cual constituye la base para arribar a decisiones judiciales realmente justas y que implica que toda atribución de responsabilidad penal se base en el principio de culpabilidad explicado líneas arriba. Y es para llegar a la correcta aplicación de dicho postulado que el órgano de control social dispone de dos importantes herramientas: la teoría de la causalidad, como base para la determinación de hechos probados, y las teorías de la imputación objetiva y subjetiva, como bases para la valoración de los hechos en cuestión.

Así, se nos presenta una óptica de aplicación del Derecho Penal que debe estar guiada por el cumplimiento, aplicación de cara a la realidad y desarrollo jurisprudencial de una serie de principios, que gozan de reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano, como es el caso de la presunción de inocencia. De ese modo, cualquier actuación jurisdiccional que no esté guiada por dichos principios o los afecte es contraria a la Constitución y atenta contra la esencia misma del Derecho Penal y su

³¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal Parte General". Segunda Edición. Bogotá: Temis. 2004. p. 1.

³² Ibid. p. 2.

³³ HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal Parte General I". Tercera edición. Lima: Grijley. 2005. p. 9.

función en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Hemos llegado pues al punto culminante de esta propuesta que consiste en concebir al Derecho Penal como instrumento subsidiario y fragmentario de regulación de la actividad social, delimitado de acuerdo a los postulados constitucionales y que cumple en primera instancia una función motivadora de respeto de los bienes jurídicos penales que pretende tutelar. Así, el Derecho Penal proyecta crear en el ciudadano una inquietud de protección de dichos intereses valiosos para la sociedad y para hacerlo es presupuesto que existan, por un lado, leyes coherentes, respetuosas de los principios constitucionales antes anotados y de acuerdo a las **necesidades, proyecciones y realidades sociales**; y que, por otro lado, la aplicación jurisprudencial de dichas normas jurídico penales forme parte del mismo contexto constitucional de aplicación del Derecho, en el que sea medio y fundamento el respeto de las garantías básicas que todo ciudadano precisa para vivir en una sociedad que ostente el título de Estado social y democrático de Derecho.

En la línea de lo anotado, la profesora Corcoy Bidasolo refiere la elaboración del un nuevo concepto de Derecho Penal desde la orientación funcionalista, refiriendo que " desde la concepción funcional del Derecho penal se propone un acercamiento entre la dogmática y la política criminal, en cuanto el Derecho penal sirve a la prevención de lesiones de bienes jurídicos, de acuerdo con los fines que se atribuyen a la pena, por lo que las normas penales han de concebirse nuclearmente como normas de motivación" ³⁴. Así, concordando con la autora citada, la función que se atribuye a una norma jurídico penal debe ser la de motivar en la ciudadanía la protección de bienes jurídico penales, objeto de tutela del Derecho Penal, protección orientada y solventada por la pena,

concebida como herramienta de prevención en el marco de un sistema penal constitucional que consagra una serie de garantías-marco para la aplicación de sus instituciones por parte del legislador y muy en especial del juez penal.

Y la única forma de motivar al ciudadano al cumplimiento de las normas jurídico penales es que tenga la posibilidad de que una decisión justa se concrete en su caso particular en una resolución que priorice el cumplimiento de los postulados constitucionales, lo que se ve reflejado no en meras declaraciones, sino en la protección de sus derechos fundamentales como la presunción de inocencia. Creemos con entusiasmo que es posible lograr un nuevo Derecho Penal sobre la base del orden constitucional existente. Un Derecho Penal que no condene a personas como la que es materia de la resolución analizada y que se base en actuaciones jurisdiccionales cuyo fundamento sea el mismo ser humano³⁵.

Cabe sólo dejar a reflexión lo señalado por el profesor Gustavo Zagrebelsky, respecto a la relevancia del orden constitucional y la importancia de aplicar al caso concreto los principios de justicia material, como la presunción de inocencia. Así, el ciudadano dejará de ver a los principios como meros enunciados y podrá experimentar la protección de sus derechos con una actuación estatal basada en dichas máximas.

En función a lo expuesto, queda la preocupación de cómo pretender instaurar un sistema penal de persecución de nuevos delitos (con tipos de peligro y que aluden a delitos de dominio, infracción del deber, etcétera) si frente a aquellos otros denominados tradicionales (tipos de resultado) –como el homicidio– aún no alcanzamos a manejar correctamente los criterios de imputación y los principios como el de presunción de inocencia.

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 594.

³⁵ Debe señalarse que existe una postura opuesta que niega la función de motivación de la norma jurídico penal y que sustenta el establecimiento de un sistema penal menos personal y de connotación sistémica, en el que las garantías se han replanteado. Al respecto, el profesor García Caverro, en su obra " Derecho Penal Económico. Parte General" . Lima: ARA. 2003. p. 23. refiere que " un desarrollo consecuente de la función de restabilización ha sido llevado a cabo por JAKOBS para el Derecho penal en general. Este autor parte del rechazo de la función de motivación de las normas para evitar lesiones a bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece, éstos se encuentran ya lesionados. La única función que el Derecho penal puede llevar a cabo en este contexto consiste en restablecer lo que aún le resulta posible mediante la imposición de una pena; esto es, devolver la vigencia comunicativa-social a la norma infringida" .