



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**La pretensión de atipicidad en la investigación y etapa intermedia del proceso penal peruano. Un análisis desde la teoría de la argumentación jurídica**

Tesis para optar el Grado de  
Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal

**Diego Armando Oña Roque**

**Asesor:**  
**Mgtr. Javier Eduardo López Romani**

**Piura, setiembre de 2025**

### **Aprobación**

La tesis titulada “La pretensión de atipicidad en la investigación y etapa intermedia del proceso penal peruano. Un análisis desde la teoría de la argumentación jurídica”, presentada por el licenciado Diego Armando Oña Roque en cumplimiento para optar el Grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal, fue aprobada por el director Mgtr. Javier Eduardo López Romani.



Director de tesis



### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Diego Armando Oña Roque, egresado del **Programa de Posgrado** de Maestría en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con **DNI: 74247865**, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

**“La pretensión de atipicidad en la investigación y etapa intermedia del proceso penal peruano. Un análisis desde la teoría de la argumentación jurídica”**

El mismo que presento bajo la modalidad de **Tesis** para optar el Grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

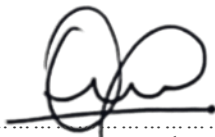
La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Mgtr. Javier Eduardo López Romani, identificado con DNI: 40722505

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y debido a mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 01/09/2025.



Firma del autor<sup>1</sup>



Firma del asesor<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

### **Dedicatoria**

A Erick Orlando Peralta Barreto y Doris Olenka Zapata Oña, por permitirme entrar a sus hogares y así convertirme en mejor persona, a Juan Bernardino Oña Gil por todo el amor paternal, a mis padres, a toda mi familia. Y a todos los fervientes procesalistas-garantistas que me enseñaron una ciencia penal más humana, exigiendo la prueba del hecho como garantía fundamental.



## **Agradecimientos**

A mi esposa Lucía, porque me dio no solo su amor sino la paz para terminar este trabajo dejando que me ocupara de mi ciencia mientras ella se dedicaba a proteger nuestro hogar. A mi maestra Rosa Magna Cornejo Vera por su tutela en la ciencia y en la vida, a Madalena Calle Ambulay por estar siempre. Y al Magister Javier Eduardo López Romaní por su guía y tiempo.



## Resumen

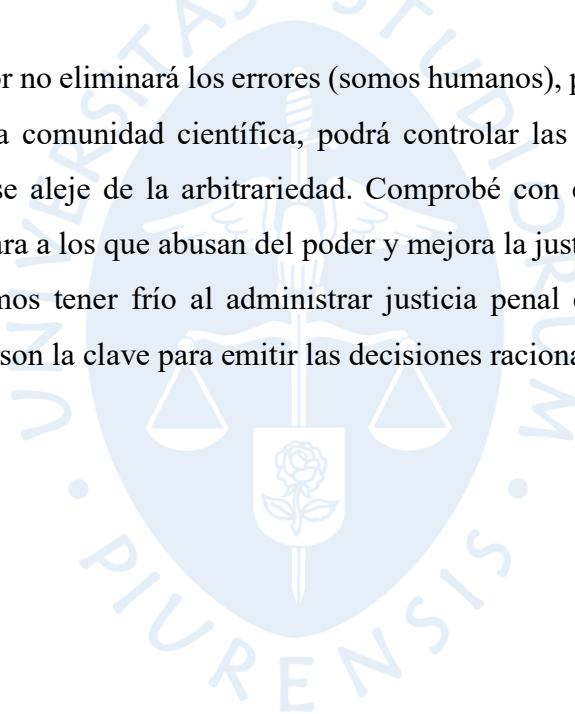
El trabajo tiene como fundamento el juicio de tipicidad (sobre todo la objetiva). No obstante -ese juicio- se mide desde la teoría de la argumentación jurídica. Ello, en consecuencia, a que hoy, predomina la concepción argumentativa del Derecho.

La importancia de la motivación en las decisiones judiciales debe responder a métodos, o llamada también “actitud metódica”, es decir, el operador se pone en pausa, y luego inicia paso por paso a buscar el hecho (método hipotético-deductivo-experimental “juicio explicativo”), para después construir lo que Von Wright llamó “acto de comprensión” (siguiendo la propuesta de que en ciencias sociales se comprende y no se explica).

Al cumplirse los métodos, se podrá evidenciar en la motivación las razones del juicio de explicación y el de comprensión (hecho y regla dogmática), y así verificar el juicio de subsunción.

Esta acción del operador no eliminará los errores (somos humanos), pero permitirán decisiones racionales. Ante ello la comunidad científica, podrá controlar las decisiones, logrando que nuestra justicia penal se aleje de la arbitrariedad. Comprobé con esta investigación que, la motivación desenmascara a los que abusan del poder y mejora la justicia penal.

Si hay algo que debemos tener frío al administrar justicia penal es la cabeza, o al menos intentarlo, los métodos son la clave para emitir las decisiones racionales.



## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 1 Principio de legalidad; de tipicidad. Imputación y dogmática jurídico - penal.....</b>	<b>10</b>
1.1 Principio legalidad.....	10
1.1.1 Conceptos generales.....	10
1.1.2 Garantías del principio de legalidad.....	11
1.1.3 Las limitaciones del legislador.....	11
1.1.4 El principio de legalidad en el Perú.....	12
1.2 La tipicidad -principio.....	13
1.2.1 Conceptos generales.....	13
1.2.2 Funciones.....	13
1.2.3 Dogmática penal y tipo.....	14
1.3 Imputación.....	14
1.3.1 La teoría de la imputación.....	14
1.3.2 Ideas para el presente trabajo.....	16
1.4 La dogmática jurídico penal.....	16
1.4.1 Generalidades.....	16
1.4.2 El penalista académico.....	18
1.5 Dos casos.....	20
1.5.1 Sobre la regla dogmática.....	20
1.6 Conclusiones provisionales.....	23
<b>Capítulo 2 El hecho y la pretensión de atipicidad.....</b>	<b>24</b>
2.1. Hecho.....	24
2.2. Investigación científica y proceso penal. El método de la hipótesis.....	25
2.2.1 Antecedentes.....	25
2.2.2 La necesidad de una hipótesis en el proceso:.....	26
2.2.3 Cómo nace una hipótesis. El método abductivo:.....	27
2.2.4 La verificación.....	30
2.3. Teoría de la verdad; proceso penal y metodología de justificación de la hipótesis. “La justicia de la decisión está en el camino seguido para llegar al resultado (Giulio Uberty)”.....	32
2.3.1 Sobre la verdad.....	32

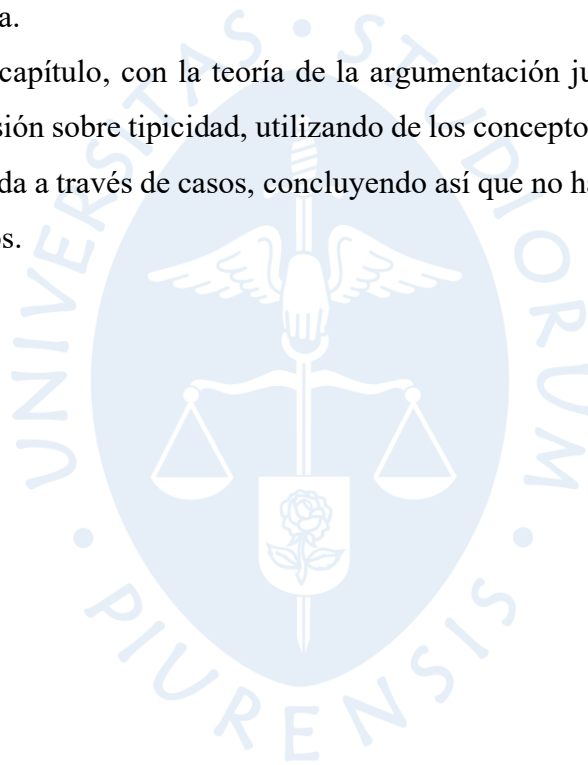
2.3.2	Metodología de justificación de la hipótesis “la justicia de la decisión está en el camino seguido por el resultado” .....	35
2.3.3	Criterios para la justificación de la hipótesis (pensamiento de Francesco Iacoviello) .....	36
2.3.4	Verdad como carga procesal y metodología de la hipótesis .....	39
2.4.	Atipicidad.....	40
2.4.1	Concepto .....	40
2.4.2	Supuestos para solicitar la pretensión de atipicidad (antes del juicio oral). .....	40
2.4.3	Herramientas procesales dónde se manifiesta la atipicidad .....	40
2.5.	Conclusiones provisionales.....	41
	<b>Capítulo 3 La concepción argumentativa .....</b>	<b>43</b>
3.1	Identificando problemas .....	43
3.2	Argumentación jurídica .....	43
3.3	Las concepciones .....	44
3.4	Argumentación jurídica y dogmática.....	44
3.5	Los problemas jurídicos.....	46
3.5.1	¿La pretensión de atipicidad es un problema de construcción jurídica o es un problema de prueba? .....	48
3.6	Respuesta a los problemas utilizando la teoría de la argumentación jurídica.....	50
3.6.1	Esquema del problema de tipicidad .....	50
3.7	Casos.....	51
3.7.1	La atipicidad en una disposición de archivo: Disposición N. ° 2 – Disposición de no formalización de la investigación preparatoria y archivo. Caso 483-2022 .....	51
3.7.2	La atipicidad en la excepción de improcedencia de acción: .....	52
3.8	Análisis. ....	54
	<b>Conclusiones .....</b>	<b>57</b>
	<b>Referencias.....</b>	<b>59</b>

## **Introducción**

La preocupación de todo penalista debe estar dirigida a la aplicación de los conceptos a la realidad, sobre todo en nuestro mundo (Ciencia Penal), que por su naturaleza ofrece una gran conflictividad. Los operadores son llamados a resolver los problemas jurídicos a través de metodologías, dejando de lado toda intuición, pues, la falta de método lleva a la duda sobre la justicia del caso.

En el primer capítulo se desarrollarán los principios de legalidad, tipicidad y la forma como se construye una regla dogmática. Lo que permitirá medir una decisión sobre tipicidad. En el segundo capítulo, se establecerán los conceptos de hecho, verdad, atipicidad y su manifestación dentro del escenario procesal. Estableciendo así, la interdependencia entre el hecho - regla dogmática.

Y, en el tercer capítulo, con la teoría de la argumentación jurídica, se propondrá una forma de medir la decisión sobre tipicidad, utilizando de los conceptos presentados. La utilidad del método será evaluada a través de casos, concluyendo así que no hay justicia sin motivación y aplicación de métodos.



## Capítulo 1

### Principio de legalidad; de tipicidad. Imputación y dogmática jurídico - penal

#### 1.1 Principio legalidad

##### 1.1.1 *Conceptos generales*

El principio de la legalidad formalmente se justifica en el dicho "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", proviene de Feuerbach, quien buscó ilustrar y precisar uno de los logros fundamentales de la Revolución Francesa. En Perú, este principio está establecido en la Constitución, y también está normado en el Código Penal. A las normas jurídicas que asocian la comisión del delito y la aplicación de una pena o medida de seguridad Mir Puig lo llama concepto formal de derecho penal (...)<sup>1</sup>.

Un ejemplo de la operatividad del principio permite entender su profundidad: en la Inglaterra del siglo XVII, el juez Edwar Coke decía que los jueces eran independientes y que podían anular leyes que fueran contrarias a la razón y al *Common Law*, por el contrario, el rey de Jacobo I decía que los jueces eran siervos de la corona. Veamos el enfrentamiento, proveído muy bien por el gran Perfecto Andrés Ibáñez.

La alta comisión, un órgano administrativo dentro del gobierno eclesiástico –*relata Pound*– había comenzado a atender violaciones atribuidas a laicos, sin seguir directrices establecidas y tomando decisiones que no podían ser apeladas. Este era un tribunal que no solo era ajeno al derecho común, sino que también tomaba resoluciones sin cumplir con normas y con veredictos que no eran susceptibles de impugnación. A solicitud de algún afectado, el tribunal competente, tomó cartas en el asunto, ordenando detener el proceso. Para contrarrestar esta acción judicial que apoyaba el imperio de la ley, se alegó que el rey tenía la facultad de asumir cualquier caso, excluyéndolo de los jueces. Estos fueron llamados para ser informados y escuchados al respecto. El arzobispo de *Canterbury* defendió la supuesta prerrogativa del monarca, argumentando que los jueces eran simples representantes del rey, quien podía actuar como considerara conveniente; una noción que, según él, se basaba, aunque no en leyes, sí en la palabra divina encontrada en las Escrituras. Coke contestó que el rey no estaba facultado para resolver ningún caso por su cuenta; porque todos, tanto civiles como penales, debían ser dirimidos en un tribunal de justicia, conforme a las leyes y costumbres del territorio. El monarca replicó que la ley se basaba en la razón y que poseía tanta de ella como los magistrados. Y tuvo que escuchar a Coke: Sin embargo, su magnificencia no está

---

<sup>1</sup> Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2da edición, editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2003, p. 16.

habitado con las leyes de su reino, los asuntos como la vida, herencia, propiedades o patrimonio de sus súbditos deben ser decididos ignorando la razón natural, y solo teniendo en cuenta el razonamiento artificial y el juicio sobre lo que constituye el orden jurídico. Por lo tanto, la jurisdicción no se concibe como reflejo del poder del rey, sino como límites a este. No es necesario mencionar que Coke fue destituido<sup>2</sup>.

Las palabras del juez Coke, en la actualidad, deben entenderse por ley y metodología jurídica. Esta última frase puede llamar la atención a muchos, pero, tiene una razón de fondo, la ley limita la violencia que ejerce el Estado, sin embargo, tiene dos formas de manifestarse, siguiendo a Silva Sánchez:

(...) las garantías de taxatividad y de interpretación estricta tienen naturaleza de principios, esto es, de mandatos de optimización que, no obstante, pueden ceder en el marco de su colisión con otros principios. En cambio, las garantías de escritura y retroactividad constituirían reglas<sup>3</sup>.

Es claro que los delitos deben tener un soporte, es decir, existir en una ley. Por lo que siguiendo a la doctrina dominante los delitos se presentan en leyes, y que su exigencia es una garantía para el ciudadano. Siendo que, solo irá a la cárcel aquel sujeto que cometa una acción (en el sentido amplio) que se encuentre catalogada como reprochable en una ley penal.

### **1.1.2 Garantías del principio de legalidad**

La protección que brinda el principio de legalidad es la siguiente: el delito, la pena, el procedimiento -incluyendo la sentencia- así como la regulación de la ejecución de la consecuencia se encuentren una ley<sup>4</sup> (excluye las normas de menor rango). A las garantías anteriores, se le conoce como: “*previa, taxativa y escrita*”<sup>5</sup>.

Con la primera se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; con la segunda, se proscribire la costumbre como fuente de infracciones penales y penas; con la última, se exige precisión y se expulsa la analogía que perjudica al reo<sup>6</sup>.

### **1.1.3 Las limitaciones del legislador**

Pastor Muñoz nos presenta una advertencia sobre el principio de legalidad: (...) la doctrina afirma con razón que el mero texto de la ley no genera la garantía de tipicidad vinculada

<sup>2</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto. *Tercero en discordia: Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Editorial Trotta, 2015, p. 50

<sup>3</sup> Silva Sánchez, Jesús-María. *Derecho Penal – Parte General*. Editorial Civitas, 2025, p. 326.

<sup>4</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General 10ma Edición*. p. 114.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 117.

a la determinación que impone el principio de legalidad. Para alcanzarla, es necesario que concorra previsibilidad axiológica y metodológica<sup>7</sup>. Nótese como este pensamiento concuerda con el del maestro Silva Sánchez, quien le da la categoría de principio al mandato de determinación. La maestra española, nos lleva a reflexionar sobre las limitaciones del legislador en la creación de un delito, pues, éste, solo puede cumplir con 1) la existencia de una ley penal y 2) su emisión antes de la imputación de cargos.

Sobre la determinación o garantía de “mandato de determinación”. Solo con una previsibilidad axiológica brindada por la dogmática penal, a través de métodos racionales, el principio de legalidad cumplirá su finalidad como garantía, como diría Gimbernat Ordeig “El desarrollo precario de la dogmática mostrará tribunales imprevisibles, el desconocimiento del alcance de un tipo penal, no permitirá su control intersubjetivo, produciéndose la punición o impunidad de conductas, parecido a una lotería<sup>8</sup>”.

#### **1.1.4 El principio de legalidad en el Perú**

En Perú, el código sustantivo, regula el principio de legalidad en el Artículo II del Título Preliminar: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometiendo a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. El Tribunal Constitucional Peruano refiere que la naturaleza jurídica del principio señalado es: un derecho fundamental de todas las personas y un principio fundamental, guía y restringe las acciones del Poder Legislativo cuando decide qué acciones están prohibidas y cuáles son sus castigos -como derecho fundamental- asegura a todos los que enfrenta un proceso, que lo que se le prohíbe está establecido en una norma precedente, clara y escrita, así como la pena. (...) <sup>9</sup>.

Hasta aquí, para las finalidades del trabajo de investigación se establecen las siguientes ideas: 1) el principio de legalidad -surge- como garantía en la aplicación de la violencia institucional del Estado y tiene formas distintas de manifestarse (reglas y principios), 2) el legislador no puede cumplir con la orden de determinación, necesita de la dogmática penal y 3) el principio de legalidad tiene rango constitucional, aplicable a todas las personas.

---

<sup>7</sup> Pastor Muñoz, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*. Barcelona, Atelier, 2019, p. 53 y ss.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>9</sup> STC 1230-2002-HC/TC, f.j.7.

## 1.2 La tipicidad -principio

### 1.2.1 *Conceptos generales*

El supuesto de hecho previsto en una disposición legal -norma jurídica penal- debe reunir los elementos constitutivos de forma completa, pues su incumplimiento impide que pueda considerársele como penalmente relevante, impidiendo su aplicación a la realidad, no teniendo el carácter de injusto penal<sup>10</sup>.

La tipicidad es el elemento inicial de la teoría general del delito -nace del principio de legalidad- “sin ley no hay delito”. Este principio otorga a la tipicidad posición privilegiada dentro de la teoría general del delito. La tipicidad es conocida como: “la correspondencia de un hecho con la descripción que la ley penal establece”<sup>11</sup>.

Es paso -la tipicidad- dentro de la teoría general del delito que permite verificar si un hecho se ajusta a la definición que establece la ley penal. Representa el primer criterio que debe cumplir una conducta -en el juicio de subsunción- para ser considerada un delito<sup>12</sup>.

Crear un tipo penal supone -necesariamente- la selección del legislador de aquellas conductas que afectan o pongan en peligro de manera más contundente los bienes jurídicos de mayor de importancia, solo así los procesos de formación de la ley penal cumplirán con los principios de intervención mínima y fragmentaria del Derecho Penal<sup>13</sup>.

### 1.2.2 *Funciones*

En la aplicación de la norma jurídico penal a un caso en concreto, el tipo permite identificar las siguientes:

- a) **Función de garantía:** Cada infracción tiene el propósito de comunicar -al ciudadano- que ciertas acciones son ilegales. Logrando que cualquier acción será objeto de castigo si previamente fue definida como delito, respetando la legalidad penal.<sup>14</sup>
- b) **Función indiciaria:** Ofrece una función indicativa de ilicitud, pues, si es típica se acepta que también es ilícita en la medida en que -puede ocurrir- que una acción pueda ser considerada típica, ya que se incluye en el catálogo de delitos, sin embargo, la aparición de alguna causa de justificación puede permitir que esa acción, sea tolerada por el ordenamiento jurídico.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> García Cavero, Percy. *Derecho penal parte general*. Ideas Solución Editorial, tercera edición, 2019, p. 387.

<sup>11</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Derecho Penal: parte general*. Editorial Grijley, 2018, p. 159

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*; p. 160

<sup>14</sup> *Ibidem*; p. 160.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 161.

- c) Función motivadora:** Tiene la finalidad de incentivar el actuar de acuerdo con la regla de comportamiento que sustenta cada restricción. Animar a que las personas no ejecuten conductas riesgosas idóneas para quitar la vida a otros, es el propósito de penalizar el homicidio, de crear el riesgo, la consecuencia está determinada en el tipo (delito)<sup>16</sup>.
- d) Función de selección de las conductas penalmente relevantes o de discriminación:** Al crear la norma jurídico penal, el legislador selecciona, solo aquellas -conductas antijurídicas- de mayor intensidad -principio de lesividad- para los bienes jurídicos. De este modo, el tipo es un mecanismo de respeto a los principios de, fragmentariedad y mínima intervención, la violencia institucional se utiliza para casos graves<sup>17</sup>.

### 1.2.3 Dogmática penal y tipo

El tipo, nace de la legalidad -principio- en su expresión de “determinación”; sin embargo, la determinación no se cumple con el Código penal, enseña Pastor Muñoz “El mandato de determinación solamente se cumple cuando interactúan tres elementos, la ley es uno, los otros dos, son los principios y los criterios interpretativos. Con ello, cambia el modo de entender el principio de legalidad, ya que los principios y la dogmática no están recogidos en la ley. Por consiguiente, es imperativo vivir con un grado de indeterminación<sup>18</sup>”.

Sobre la tipicidad, establecemos que contiene las piezas para considerar una conducta como penalmente dañosa y teniendo en cuenta lo expuesto por Pastor Muñoz, el principio de tipicidad y legalidad son estériles para determinar el significado de la conducta reprochable, debiendo recurrir a la Dogmática Jurídico Penal.

## 1.3 Imputación

### 1.3.1 La teoría de la imputación

Como antecedentes históricos, tenemos a Feuerbach quien aprendió de la filosofía de Kant<sup>19</sup> quien se inspira en los autores de Derecho natural racionalista, especialmente en Pufendorf<sup>20</sup>, éste, sigue en el pensamiento de Aristóteles, que llegó hasta Centroeuropa, por la recepción humanista. Gracias al razonamiento de Aristóteles -en la *Ética a Nicomáquea*- siglos después la reflexión de la filosofía moral, es sistematizada de manera novedosa. Autores modernos miran a la imputación como el concepto que hace posible la aplicación de una regla (...)<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 161.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 161.

<sup>18</sup> Pastor Muñoz, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidad*. *Ibidem*. p. 54.

<sup>19</sup> Quien presenta la teoría de la imputación en “La metafísica de las costumbres y crítica de la razón práctica”.

<sup>20</sup> Sánchez – Ostiz, Pablo. *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 16.

<sup>21</sup> *Ibidem*; p. 17.

Al pasar el tiempo se puede considerar que incluye-la imputación- tres aspectos clave: i) la evaluación de la acción humana debido a su procedencia del individuo; ii) la separación en niveles y iii) la separación entre reglas de imputación y el sujeto sobre el que se aplica la regla.(...). Dichos logros son el resultado de una larga reflexión doctrinal sobre la acción humana y la responsabilidad. Se trata de un progresivo proceso de identificación de la imputación en diversos autores, cuyas obras llegan, directa o indirectamente, y a veces de manera parcial, a Pufendorf, Chr. Wolff, Thomasius, Baumgarten, entre otros, de quienes Kant los recibiría (...)<sup>22</sup>.

Para la doctrina de la imputación, la responsabilidad, requiere de la libertad, un hombre libre. Separándose de una pensamiento mecanicista (causalidad). La imputación logrará que se diferencie de la causación mecanicista. Ya que -aunque- todo efecto deriva de una causa, el proceso de mera causación llegaría al infinito<sup>23</sup>.

Interrumpir ese proceso, es tarea de la imputación. Pero, esta, no se da arbitrariamente, eligiendo una entre tantas, por el contrario, se dirige a la causa que originó un proceso concluyente<sup>24</sup>. No se trata de una mera especificación de la causalidad, sino, de aquello que permite la imputación -la libertad- es la que posibilita afirmar que su acción es un hecho.

Acción voluntaria para Aristóteles era aquella que se origina en el hombre, ya que es el único animal que es principio de ciertas acciones, ningún otro animal actúa. Si no hay voluntad, no se responde, ya que el resultado no tiene su principio en él. Imputación es identificación de ese origen, exigiendo que el agente sea el inicio. La esencia de ese origen es la libertad. Superando así, la mera sucesión causal de fenómenos y situar el origen en el hombre<sup>25</sup>.

Gracias a la imputación hablamos de hechos- los dos estadios de la imputación son el hecho y el reproche- éstos se atribuyen como propios y se emite un juicio, pudiendo calificarse de incorrecto o correcto. En el juicio de imputación, la acción es un hecho que el sujeto originó, adquiriendo sentido en función de reglas. No obrar conforme a la regla permite atribuir lo “hecho” a título de demérito, siempre que se haya obrado con libertad<sup>26</sup>.

Algunos autores de la doctrina de la imputación se refieren a los dos juicios como - *imputatio facti* e *imputatio iuris*- y, a la operación de medición del hecho con arreglo a la ley “*applicatio legis ad factum*”. No es una diferencia académica, sino de una consecuencia de la diversa naturaleza de las operaciones que efectúa el sujeto imputante. Así, se expresa que

---

<sup>22</sup> *Ibidem*; p. 18.

<sup>23</sup> *Ibidem*; p. 21.

<sup>24</sup> *Ibidem*; p. 23.

<sup>25</sup> *Ibidem*; p. 24.

<sup>26</sup> *Ibidem*; p. 25

ambas, son partes integrantes y necesarias, de la operación de imputar. Ambas, deben concurrir para poder imputar el hecho a su autor. La doctrina de la imputación brinda diferenciación entre el objeto -el hecho- y el título -la regla- con la que se mide, atribuyendo mérito o demérito. Se trata de la medición y su imputación<sup>27</sup>.

El estándar de definición será dado por el beneficiario del comportamiento (prohibido, definido o autorizado). Y al mismo tiempo, la regla ofrece un tema que hace una imputación en una escala o una medida de la escala que enfrenta una retrospectiva (responsabilidad de lo que se hace) con un objeto de implementos. Es decir, un agente es racional tan pronto como pautas lo guían. Permitiendo la comunicación en sí, en la medida en que es "atribuible", para una comprensión particular de que el agente está involucrado, forma la manifestación de las reglas de comportamiento (externalización). Este es el hecho de que las reglas ahora se usan para aprobar el "sopesar" -el comportamiento- que se hizo<sup>28</sup>.

### **1.3.2 Ideas para el presente trabajo**

Lo expuesto, permite extraer ideas claves para entender el juicio de imputación, pues siempre va a existir, i) conducta humana originada en la libertad y ii) la imputación tiene reglas y objeto.

Para este trabajo se tendrá en cuenta la distinción entre reglas con las que se mide el hecho -producidas por la teoría de la imputación- anterior a lo que hoy se conoce como teoría del delito, hoy, procedimiento central, de cómo se trabaja en Derecho penal.

En el siguiente punto, se desarrollará como la “Dogmática Penal”, ha modernizado el pensamiento de la teoría de la imputación, sin perder la esencia de ésta, pues ella vive en la moderna teoría del delito, desarrollada por la Dogmática Penal, y limitada a través del deber de motivar.

## **1.4 La dogmática jurídico penal**

### **1.4.1 Generalidades**

El principio de legalidad, tipicidad y las funciones del tipo, no son suficientes para solucionar un conflicto de naturaleza penal. El operador, recurre al penalista académico, con la finalidad de obtener herramientas que permitan solucionar el conflicto. Para entender cómo funciona esta relación, revisemos un caso ficticio: “El propietario de un buque se prepara para enviarlo al océano lleno de migrantes. Es consciente de que la embarcación es antigua (...) ha navegado por muchos océanos y ha enfrentado climas variados, además de haber necesitado reparaciones numerosas. Se siente inseguro sobre su capacidad para zarpar. Estos pensamientos

<sup>27</sup> *Ibidem*; p. 27

<sup>28</sup> *Ibidem*; p. 33.

le inquietan; piensa que tal vez debió haberlo arreglado y puesto en condiciones, aunque eso habría representado un gasto considerable. Sin embargo, antes de que el barco parta, logra dejar atrás sus dudas y se convence de que, si ha sobrevivido a tantos trayectos y ha enfrentado diversas tormentas, no tiene sentido pensar que no podrá volver sano y salvo esta vez. Confía en la Providencia, que seguramente no dejaría desprotegidas a todas esas familias desafortunadas que abandonan el lugar donde nacieron en busca de una vida mejor. Rechaza cualquier sospecha mezquina sobre la integridad de quienes construyeron el barco y de los contratistas, y así cultiva una creencia sincera y reconfortante en la seguridad y navegabilidad de su embarcación, observando cómo parte con el corazón ligero y buenos deseos para el éxito del exilio... y cobra el seguro cuando se produce el hundimiento.<sup>29</sup>”

El ejemplo citado, es ficticio, pero, pensemos por un momento que ocurrió en la vida real (aunque no hay seguridad de que sea del todo ficticio), ahora bien, imaginemos que representamos al acusador (somos el sujeto imputante), la pregunta que llega es ¿cómo realizo el juicio de imputación? ¿puede atribuirse al propietario del barco la autoría de la obra naufragio de las familias de emigrantes?, los principios señalados líneas arriba ¿son suficientes?; sirven para imputar la obra “naufragio de los emigrantes” como “autoría del propietario del barco”. La respuesta es no, sólo una ciencia permite determinar la autoría de la obra, el método dogmático.

Síntesis de la evolución del método dogmático -historia ya conocida por todos los penalistas- pasa por los siguientes sistemas: formalismo, neokantismo, finalismo, funcionalismo. No obstante, tiene que quedar claro, que el penalista académico, se sirve de todos los métodos mencionados, ya que, puede decirse, que cada método, conforme a su aparición, sirvió para superar las fallas del anterior, incluso es de precisar, que muchas veces existe un sistema ecléctico (combinación de métodos).

No obstante, de lo que se ha tratado siempre, es de dar respuestas racionales a los problemas jurídico-penales. En palabras de Silva Sánchez citado por García Caveró “la dogmática jurídico-penal se ocupa de definir el delito a partir de la regulación positiva. Su método es la comprensión, determinando el contenido del delito, no pretende tener un carácter exacto e inmutable. En su estudio pueden formularse varias construcciones teóricas posibles- todas ellas racionales- buscando alcanzar consenso, generándose un debate crítico sobre cuál

---

<sup>29</sup> Bordes Solanas, Montserrat. *Las Trampas de Circe: Falacias lógicas y argumentación informal*. Editorial Cátedra, 2011, p. 104.

es más eficaz. Por otra parte, las formulaciones dogmáticas deben ajustarse siempre a un contexto histórico y social<sup>30</sup> (...)”

Sobre la libertad de método en las discusiones dogmáticas y los elementos de la regla dogmática: Silva Sánchez dice “Estas simplemente tienen que moverse en el marco que viene dado por el respeto (i) a los hechos; (ii) al texto legal cuando este se pronuncia sobre la materia; (iii) a los valores constitucionales; (iv) a las reglas del método jurídico, en el sentido de uno de los métodos generalmente aceptados por la comunidad jurídica (...)”<sup>31</sup>.”

#### 1.4.2 *El penalista académico*

Así pues, pasemos al producto del “penalista académico”, “la regla dogmática”. Las reglas dogmáticas son de tres tipos “atribuyen sentido”, “valoración” e “imputación”, y para su construcción existen tres metodologías básicas: i) el método estructural, parte de la presuposición de que existen estructuras previas al Derecho que vinculan la elaboración jurídica, es decir parte de la premisa de que los conceptos reflejan una realidad preexistente al Derecho, a este método se le conoce como “dogmática ontológica”; ii) método legalista-formalista, parte de que el derecho positivo penal o extrapenal vinculan la elaboración jurídica de los conceptos, pretende justificar los conceptos en la ley, o mediante una interpretación sistemática de los preceptos legales relativos a una determinada institución, el concepto legal puede proporcionarlo una ley penal o una ley extrapenal y iii) el método funcional o teleológico, indica que el criterio en la elaboración conceptual es el “*telos*” o fin del Derecho penal. Éste último método tiene condición de material y los otros de formales<sup>32</sup>.

Ahora bien, el método que más se utiliza en Derecho penal, es el teleológico. Y dada su importancia pasemos a señalar sus elementos:

- a. Un *telos* (fin de regulación), b. Que este *telos* no lo indica el propio enunciado ni otro,
- c. Éste, es susceptible de ser asignado y d. Una vez descubierto, se reconstruye el sentido del enunciado siguiendo una racionalidad teleológica, configurándolo como medio para el cumplimiento de dicho fin. Esquemáticamente: 1) El enunciado A pretende objetivamente alcanzar el fin B; 2) Para alcanzar el fin B es necesaria la asignación de A del sentido X; 3) Por tanto debe procederse a la interpretación A/X; sin embargo, no resulta sencillo la asignación de sentido, debiendo utilizarse “criterios de priorización” por ejemplo, 4) El Derecho penal, en el subsistema en que se encuentra el enunciado A, persigue un fin F; 5) Para alcanzar el fin F en el referido subsistema, es necesaria la

<sup>30</sup> García Cavero, Percy. Derecho Penal Parte General; Editorial Ideas; año 2019; p. 312.

<sup>31</sup> Silva Sánchez. Jesús María. *Metodología del Derecho Penal. Ensayos*. Editorial Palestra; Lima – 2023, p.135.

<sup>32</sup> Silva Sánchez. Jesús María. *Metodología del Derecho Penal. Ensayos*.; pp. 130 – 131.

asignación al enunciado A de un fin B; 6) Por tanto debe procederse a asignar al enunciado A el fin B<sup>33</sup>.

Las reglas dogmáticas presentan una estructura identificable. Cada norma conecta la observación de cierta base fáctica con la generación de un efecto jurídico específico que implica asignación de significado, evaluación o responsabilidad. Para esto, es necesario proporcionar los fundamentos que respaldan la transición del ámbito del ser -de situaciones hipotéticas- al ámbito del deber ser -la consecuencia jurídica de atribución de significado, evaluación o responsabilidad (. . .). La aplicación de una norma dogmática en el ámbito judicial exige: (i) en primer lugar, aceptarla tal como es; (ii) verificar si su base fáctica hipotética se ajusta a los hechos comprobados; (iii) si esto es correcto, aplicar la norma a los hechos comprobados y finalizar con la valoración del efecto correspondiente.

Normalmente, es necesario construir varias cadenas de reglas hasta alcanzar una base fáctica lo suficientemente precisa como para que sea susceptible de prueba. Esto significa que muchas veces las reglas dogmáticas tienen una estructura más compleja.

Ejemplo de regla dogmática propuesto por Silva Sánchez (nótese el paso del concepto género al concepto especie):

- “Se entiende que es autor quien tiene dominio del hecho” Regla inaplicable”
- “Se entiende que tiene dominio del hecho, entre otros, el sujeto que tiene dominio de la acción” Regla inaplicable.
- “Se entiende que el que realiza de propia mano la conducta típica, tiene dominio de la acción” Regla aplicable.
- Sólo en el momento de la “regla aplicable”, es posible constatar que el agente obró así<sup>34</sup>

La clave, dice Silva Sánchez, está en marcar el tránsito de las reglas dogmáticas a las reglas probatorias, ahora, en el siguiente ejemplo, siguiendo a Reátegui Sánchez: La acción típica de concertación (indebida) expresada en el 384 del código sustantivo, necesita de algunos elementos puntuales concurrentes que deben ir acreditándose durante el desarrollo del proceso penal por colusión, “simple o agravada”, 1. Concertación bilateral, 2. Concertación en un entorno clandestino; 3. Concertación defraudatoria y no permitida por ley; 4. Concertación dentro de un proceso de contrataciones con el Estado; 5. Concertación en la colusión simple, debe ser idónea con la finalidad de causar un perjuicio; 6. La concertación puede ser en

---

<sup>33</sup> *Ibidem.* pp. 202 y 203.

<sup>34</sup> *Ibidem.* pp. 135-137.

cualquier fase del proceso de contratación con el Estado. Por lo que, tiene que existir una base fáctica en la que se evidencien los 6 elementos señalados.

En líneas de arriba, al citar a la antigua teoría de la imputación, se determinó la importancia de la distinción entre reglas de imputación y objeto de imputación. Al analizar, el pensamiento de Silva Sánchez se evidencia, que se trabaja sobre hechos probados -objeto de imputación- y con reglas de imputación aplicadas al objeto de imputación, el pensamiento con la teoría de la imputación es el mismo.

## **1.5 Dos casos**

### **1.5.1 *Sobre la regla dogmática***

Una decisión de si una conducta es típica o no, depende de la “tarea dogmática”. Por “tarea dogmática”, debe entenderse, aquella acción que pretende resolver un problema jurídico penal, respetando los siguientes elementos:

1. Respeto a la Constitución y al principio de legalidad.
2. Respeto a los hechos y a un método para probar hechos.
3. Formulación de la regla dogmática a través de un método.
4. Utilización cadenas de razones, para establecer el paso de la regla dogmática la regla probatoria.
5. Aplicación de la regla al problema jurídico.

Más adelante, se explicará el contenido, por ahora simplemente se procede a dar unos ejemplos sobre la importancia de cumplir la tarea dogmática.

#### **Caso 1. Recurso de Nulidad N. ° 3078-2011-PUNO**

- En este caso la Corte se ocupó de revisar una condena en lo referente a la severidad de la pena impuesta -alegada por los condenados- no obstante, de oficio identificó un supuesto de atipicidad. La hipótesis de culpabilidad es la siguiente: en un bien inmueble propiedad de Valentín Mamani Llanque y Julia Collanque Ccama; Wilber Llanque Collanque, Jaime Huanacuni Ccama, Serafin Mamani Vilca, Valentín Ccama Ccopa y Carmelo Chambí Ccama fabricaban droga; supervisados por Valentín Mamani Llanque y Ronald Mamani Collanque. Y Julia Collanque Ccama preparaba los alimentos.
- La Corte dijo: Julia Collanque Ccama, fue condenada por haber proporcionado alimentos a sus coacusados, encargados de elaborar la droga; dicha acusación no se ajusta al tipo penal, es una conducta atípica, ni siquiera puede considerarse como complicidad.
- Su acción no contribuyó a la ejecución del delito, simplemente alimentaba a esas personas, y no se puede sancionar por los conocimientos especiales que posee; en este sentido, se nota

que la acción de la acusada tiene un carácter neutral, aplicándose en este caso la prohibición de regreso, en conclusión, fue absuelta.

### **Caso 2: Recurso de Nulidad N. ° 472-2010-APURÍMAC**

- En este caso, la Corte tuvo que analizar el comportamiento de Wilder Chungui Palomino, quien ejercía el oficio de taxista, en mérito a esto fue contratado para que lleve siete tapers con alimentos a unas personas que se encontraban ejecutando el delito de tráfico ilícito de drogas, bajo la modalidad conocida como “mochileros” en Andahuaylas.
- Al ser descubiertos y analizarse la conducta de la persona mencionada, la Corte dijo que el haber adoptado el rol de taxista a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, eliminaba la neutralidad de la conducta, por lo tanto, si existe responsabilidad penal.

Los casos, señalados, tiene una similitud, muy alta, pues, en los dos una persona, provee alimentos a personas que cometen un delito, ¿se cumplió con la tarea dogmática en cada caso? ¿es un criterio de racionalidad la concepción dominante de un grupo?

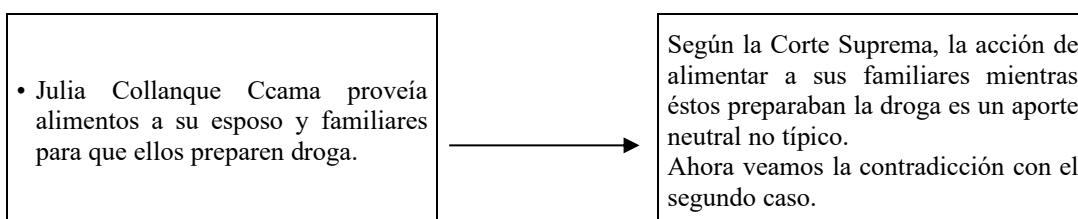
En el caso 1. La Corte dice que Julia Collanque Ccama, con su acción no contribuyó a la creación de la droga, solamente alimentaba a esas personas, los conocimientos especiales que pueda tener no permiten sancionarla; se observa que la conducta -a criterio de la corte- es neutra. Opera la prohibición de regreso.

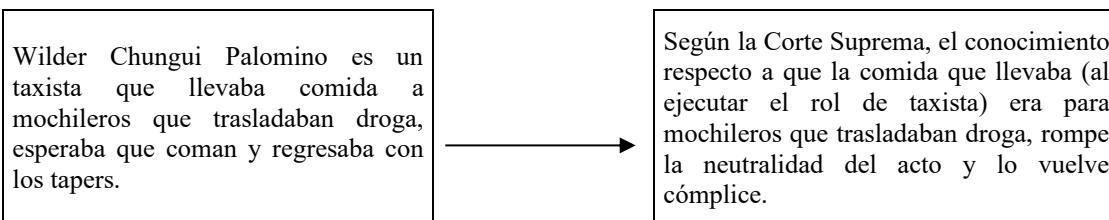
En el caso 2 sobre Wilder Chungui Palomino, ajustar su labor como taxista según las a la comisión del delito lo convierte en cómplice. Es decir, en este caso, si importan los conocimientos. Agrega la Corte que se dirigió a la casa de uno de los autores, compartió una comida y recogió los recipientes de comida.

Luego los llevó a un lugar cercano al pueblo de Cocas, entregándoselos a los “mochileros”. Esperando que comieran, recuperando los recipientes para devolverlos.

Por lo que se concluye que no es un acto neutral. Al tener la capacidad de darse cuenta de que estaba contribuyendo al transporte de drogas

Esquematicemos los casos para entenderlos mejor:





No necesitamos entrar al fondo para advertir o explicar que la Corte Suprema se contradice claramente. Pero es necesario, citar un poco de doctrina sobre el criterio aplicado, demostrando así que en los dos casos no debió aplicarse, a diferencia de la Corte que aplicó al caso 1.

El profesor Roxin, presenta el criterio de “inclinación hacia el hecho”. Dice el genio alemán:

“Basándose en la inclinación hacia el acontecimiento, el criterio considera que una acción inicial no puede considerarse intrínsecamente peligrosa, sino solo en función del contexto de las intenciones del posible autor del delito. Por ejemplo, si alguien observa a dos hombres involucrados en una pelea intensa que podría resultar en daños significativos para ambos, y le pasa un arma a uno de ellos (que tal vez sea su amigo), puede que lo haga con la intención de ayudarlo a defenderse en lugar de colaborar en un acto delictivo. Así, aunque el propósito de su acción no esté necesariamente enfocado en la realización de un crimen y aún no se haya manifestado una "decisión reconocible" de que el receptor usará el arma para delinquir, la inclinación hacia el hecho detectable en esa situación debería ser suficiente para evitar que personas ajenas realicen acciones que puedan llevar a un riesgo grave para la vida. Por lo tanto, si se produce una lesión grave intencional o un asesinato, se considera correcto imputar el resultado al primer implicado como un hecho doloso.<sup>35</sup>”

Líneas arriba se mencionaron las palabras de Pastor Muñoz -sobre la metodología- ante ello, ¿Qué criterios metodológicos utilizó la Corte Suprema en los dos casos para concretizar el criterio de imputación? O es que acaso distorsionaron la ley mediante una interpretación antojadiza para dar cabida a su forma de pensar, en el caso uno, sintieron lástima por una esposa sometida a su marido, quien la llevó a que les cocine mientras ellos preparaban droga. O en el caso dos, vieron a un taxista que no le importó llevar alimentos a unos jóvenes que caminaban llevando droga. El punto es que, al no existir una metodología sobre el criterio de imputación, estamos imposibilitados en criticar la resolución de los problemas.

<sup>35</sup> Claus Roxin. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Grijley, 2019, p. 322.

En el caso de Julia Collanque Ccama, la Corte dice que ejecutó una conducta neutral, “brindar alimentos”, pero olvidaron consignar “en su casa”; “ayudando a su cónyuge y familiares”. El contexto no es acaso de un aporte a una conducta criminal (recordemos el criterio sobre la inclinación hacia el hecho - Roxin).

“yo quiero alimentar a los traficantes de droga” fue (en mi opinión) el pensamiento de Julia Collanque Ccama, nótese que no es una señora que vende menú en la esquina, dónde concurren los traficantes. Y en el segundo caso, existió un mejor desarrollo sobre el criterio de “prohibición de regreso”, que considero pudo ser mejor, pues, prestar el servicio de taxi como aporte a un desarrollo de eventos “tráfico de drogas”, es claramente un aporte a la conducta criminal.

### **1.6 Conclusiones provisionales**

En el primer caso, no existió aporte neutral, no es posible entrar a mayores detalles porque la propia Corte no brinda razones, sobre el segundo caso, si existió una mejor argumentación. “Es racional un argumento sustentado en la concepción dominante de un grupo”. Es decir, ¿debemos aceptar lo que dice la Corte Suprema, a pesar de que no brinde razones?

Mi respuesta es no. Por lo que, en el presente trabajo, demostraré que existen métodos para exigir a los operadores la motivación, y así frenar la arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Hoy la exigencia de motivación obliga a los jueces a brindar razones, no debemos olvidar que la motivación es un acto de publicidad, con la finalidad de que se pueda evaluar la decisión (con la que no siempre vamos a estar a favor) pero, si cumple con el método debe ser aceptada.

Estoy a favor de la ciencia penal, no de lo que diga un juez por la simple acción de tener poder. La motivación cumpliendo la “tarea dogmática es la clave del presente trabajo de investigación” con la que evitaremos decisiones arbitrarias.

## Capítulo 2

### El hecho y la pretensión de atipicidad

#### 2.1. Hecho

En el capítulo 1, se expone que las reglas dogmáticas tienen una estructura reconocible: Hechos y efecto Jurídico (asignación de sentido, valoración o imputación), en esta primera parte del capítulo dos, es importante que entendamos, lo que significa el hecho.

Michele Taruffo, nos dice “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho<sup>36</sup>”.

Imaginemos por un momento ¿cómo inicia el proceso penal? se dice en doctrina procesal “de parte” o “de oficio”, ahora bien, el legislador asigna la tarea de persecución del delito a “entidades del Estado”, la persecución del delito (política criminal) se ejerce - principalmente- desde la fiscalía y la policía.

“La noticia criminal” llega a uno de estos funcionarios públicos, sin embargo, es el “fiscal” el encargado de establecer el “hecho” y a la vez, el “objeto de prueba”.

González Lagier nos dice que los conceptos son herramientas para una determinada finalidad, en el caso del Derecho, la finalidad es resolver los conflictos, guiar la conducta, adscribir responsabilidad, etc.<sup>37</sup>. Dentro de la doctrina procesalista hay una herramienta conceptual que nos regala el profesor Taruffo, llamado “Individualización del contexto de la decisión”, que sirve para determinar el hecho.

El hecho es algo que ha sucedido en el mundo; sin embargo, esa "cosa" necesita de cierta destreza para ser descrita. Esta habilidad se adquiere al desempeñarse en la profesión (aunque debería ser enseñada en las universidades). No obstante, la forma en que se describe la realidad varía según la situación. Por ejemplo: si relato un "accidente de tráfico", puedo hacerlo mencionando aspectos como "vehículo, velocidad, marca, color, altura del conductor, etc."

Esto indica que "describir un accidente de tráfico" se puede realizar de diversas formas. El desafío, entonces, es entender cómo se puede reconocer el objeto de prueba según el contexto y como realizar la descripción adecuada según el delito correspondiente.

Para identificar el hecho que se presenta como objeto de prueba, es fundamental identificar aquellos a los cuales se aplica la norma utilizada como criterio legal para la decisión. Esto se refiere al concepto de relevancia. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define, es decir, el punto de central para los efectos que la norma prevé<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, 2011, p. 92.

<sup>37</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y González Lagier. Daniel. *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*. Editorial Palestra editores, 2023, p. 23.

<sup>38</sup> Taruffo Michele. *La prueba de los hechos*. p. 97.

El pensamiento del profesor Taruffo, lleva a establecer que la norma jurídica penal, tiene que permitir al operador, seleccionar datos de la realidad relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal, no obstante, una cosa es saber qué tengo que buscar y otra es si me debo servir de una metodología para determinar esos hechos. Esta metodología es la hipótesis, se procede a explicar de qué se trata.

## **2.2. Investigación científica y proceso penal. El método de la hipótesis**

Para explicar el método, me serviré de un gigante del “garantismo penal” el autor italiano Francesco Iacoviello, quien muestra que puede aplicársele al proceso penal, la metodología brindada por la epistemología contemporánea, el método que presenta “científico-jurídico” existe y ha sido recibido por el proceso penal, tiene dos ideas guía i) hipótesis y ii) probabilidad. Veamos de que se trata.

### **2.2.1 Antecedentes**

La metodología dominante era la diseñada por Bacon: para descubrir las leyes de la naturaleza no se necesitan hipótesis; basta observar los fenómenos y, a partir del uniforme repetirse de los datos experimentales, extraer inductivamente una ley general, que permita la explicación y la predicción de los propios fenómenos (...). Este concreto aspecto de la investigación científica pudo permanecer de algún modo silenciado o desconocido mientras la ciencia tuvo que habérselas con fenómenos simples y observables: bastaba mirar, describir y clasificar. Pero cuando la ciencia comenzó a aventurarse en las sinuosidades oscuras de la microfísica y la microquímica, dejó de haber datos observables y experimentables de los que poder ingerir inductivamente leyes y teorías.

Entonces se abrió camino, inesperada e ineludible, una alternativa: la ciencia se detenía o procedía por “conjeturas y refutaciones”. La conjetura, esto es, una reconstrucción de los hechos temporal; las refutaciones son los controles a los que se somete la hipótesis con objeto de convalidarla o descartarla. La ciencia decidió no detenerse. A partir de entonces la hipótesis se convirtió en un fundamental instrumento metodológico de la investigación científica. Pero veamos más de cerca cómo funciona el método de la hipótesis<sup>39</sup>.

La investigación científica no procede por inercia, parte y resulta estimulada por un problema. El problema es una duda irritante, es decir, un hecho sorprendente que-a la luz del sistema de conocimientos adquiridos- es inesperado y no explicable (...). La hipótesis es un intento de resolver el problema. Permite observar críticamente los hechos y orientar la investigación. La hipótesis no surge de golpe, bella y completa. Habitualmente, es una idea

---

<sup>39</sup> Iacoviello, Francesco. *La motivación se la sentencia penal y su control en Casación*. Palestra, 2022, p. 103.

inicial, que estimula la búsqueda y que durante la indagación se afina progresivamente, se rectifica, se precisa. En otros términos, da lugar a un programa de investigación dirigido a sondear la aceptabilidad racional y el rendimiento explicativo de la hipótesis.

Una vez delineada la hipótesis, se la somete a controles, es decir, se hacen aquellas observaciones y experimentos capaces de verificarla o refutarla. La secuencia lógica, en su esquematismo elemental, es, pues, la siguiente: problema – hipótesis – hechos. Por tanto, el pensamiento científico es un pensamiento conjetural que pasa del problema a la hipótesis, de la hipótesis a los hechos y de estos a un nuevo problema. En esta trama sin fin, el progreso científico puede configurarse como “una sucesión de intentos -nunca definitivos- de adivinar” la solución. También aquí lo moderno retorna a lo antiguo: ya para Quintiliano “*coniectura*” deriva de “*coniectus*” y serviría para indicar la dirección de la razón hacia la verdad. Es como se mueve el pensamiento científico. No hay razones para suponer que el pensamiento jurídico opere de un modo distinto<sup>40</sup>.

### **2.2.2 La necesidad de una hipótesis en el proceso:**

Lo primero que hay que decir es que, en el proceso, no sirve la inducción baconiana. La inducción permite extraer reglas ordinarias de los hechos observables y experimentables. El proceso no debe descubrir una ley, sino comprobar un hecho del pasado, inobservable e irrepetible. Por eso, la idea de que puede llevarse a cabo una observación sin una hipótesis que la guíe hace pensar en la idea del que inicia un viaje si saber dónde ir. Algo que es más evidente en el proceso penal. En efecto, porque aquí hay una barrera selectiva- el criterio de relevancia- que tiene la función de impedir que la investigación resulte sepultada por un aluvión de datos. Porque, ciertamente, tan perjudicial es para indagación el exceso de información como la carencia de esta.

La investigación científica, como la indagación penal, parte de un problema. Hay que seleccionar, por tanto, los datos idóneos para resolverlo, pero precisamente este es el punto: si no se tiene *in mente* al menos una media idea sobre cómo resolver el problema (lo que quiere decir -en el más refinado lenguaje de los epistemólogos- una hipótesis preliminar y provisional) ¿cómo se precisa seleccionar los datos? Por tanto, en rigor, no es correcto hablar de hechos relevantes respecto a un problema específico. Debe hablarse de hechos relevantes respecto de una específica hipótesis avanzada con el fin de resolver un problema particular. Poco antes se ha dicho que el método de la inducción científica entró en crisis cuando comenzó a fijarse la mirada en las profundidades de la microfísica y la microquímica<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibidem.* p. 105.

<sup>41</sup> *Ibidem.* p. 108.

El hecho del delito, antes del proceso, es como un edificio en ruinas: el fiscal debe reconstruirlo tal como era antes y el juez ha de valorar su conformidad con el original. El fiscal -si le acompaña la suerte- encuentra el terreno, el cemento, los ladrillos y los clavos. Pero, evidentemente, no basta, pues para construir o reconstruir una casa es preciso tener un proyecto. Este es la hipótesis. Así pues, la secuencia lógica es la misma seguida en la investigación científica. Existe un problema se elabora una hipótesis capaz de resolverlo, se buscan los hechos que la convalidan y los que la desmienten. Por ejemplo, se indaga sobre un accidente automovilístico: el problema es, pues, dar con la explicación. Con base en el bagaje de conocimientos y de experiencia de los órganos de la investigación se hipotetizan las posibles causas, que podrían ser un defecto de construcción, un defecto de mantenimiento, un error en la conducción, un súbito desvanecimiento, otras. Así, se elaboran una o más hipótesis preliminares, virtualmente idóneas para explicar los hechos. Por tanto, se orienta el trabajo de investigación a fin de determinar los hechos que convaliden o desmientan las hipótesis conjeturadas. Al fin, se valoran los pro y contras y se ve qué hipótesis ha resistido a los intentos de refutación y, si son varias las hipótesis en presencia, se elige la más probable y la que mejor explica los hechos<sup>42</sup>.

La analogía de la investigación científica con la investigación criminal es, también en este punto impresionante. ¿Qué es la investigación sino un programa, que nace de una reconstrucción conjetural, provisional e incompleta de los hechos y está dirigido a buscar elementos de prueba que corroboren o refuten la hipótesis? Y ¿no es la hipótesis la que mueve al fiscal a buscar en las cosas, entre las cosas y más allá de las cosas, en un intento incesante de aproximarse a la verdad? Y ¿qué es la imputación sino la hipótesis sobre la que, en el juicio contradictorio de las partes, deberá el juez practicar los más rigurosos controles?<sup>43</sup>.

### **2.2.3 *Cómo nace una hipótesis. El método abductivo:***

Existe una forma de razonamiento para producir hipótesis, frecuentemente usado en la vida diaria. Es el razonamiento llamado abductivo o “proceso de elección de hipótesis”, que consiste en razonar hacia atrás, es decir, en remontarse del efecto a la posible causa. Veamos cómo opera la abducción en la investigación. En la fase de las primeras investigaciones hay un flujo caótico de informaciones que llega a los órganos competentes. Para seleccionar estas informaciones y orientar las investigaciones hay que elaborar una o más hipótesis preliminares capaces de explicar los hechos. Cómo se ha visto, la observación es siempre selectiva, es decir, guiada por una hipótesis. La inscripción en el registro general, las directrices impartidas a la

---

<sup>42</sup> *Ibidem.* p. 109.

<sup>43</sup> *Idem.*

policía judicial son el signo de que el fiscal parte de una hipótesis de investigación. Pero el flujo de informaciones puede ser tan pobre como para no permitir siquiera la elaboración de una hipótesis provisional (por ejemplo, el hallazgo de un cadáver no identificado en avanzado estado de descomposición) y entonces es necesario procurarse informaciones adicionales. O puede ser tan rico como para sugerir múltiples hipótesis, y entonces será necesario organizar los datos conocidos en varias hipótesis alternativas y someter a cada una de ellas a un procedimiento de investigación y de verificación<sup>44</sup>.

Cuando el fiscal dice que las investigaciones giran a 360 grados, quiere decir que se mueve a tuestas en la oscuridad, esto es, que los datos informativos recogidos son tan pocos o tan contradictorios que no le permiten elaborar siquiera una hipótesis preliminar que sea atendible en relación con teorías asimismo posibles. La fecundidad del razonamiento abductivo depende de la experiencia (o sea, del bagaje de reglas y leyes conocidas) del investigador y de su memoria operativa (es decir, de su capacidad de aplicarlas al caso concreto). Pero también depende de las informaciones disponibles).

Pero hay algo que debe quedar claro. La abducción es procedimiento mental que sirve para inventar hipótesis, no para verificarlas. De otro modo, el procedimiento de creación de una hipótesis y el de su verificación coincidirían, y la hipótesis sería, no una afirmación a demostrar, sino una tesis ya demostrada. Esto, evidentemente, no excluye que los elementos de hecho, de los que trae origen una hipótesis (por ejemplo, móvil, manchas de sangre y similares en un caso de homicidio) puedan ser utilizados como elementos de prueba en la fase de verificación y control de esta. Pero salvo casos excepcionales, en los que desde el comienzo de la indagación se despliega ante los investigadores un cuadro probatorio completo (por ejemplo, en un supuesto de flagrancia), los elementos de los que surge la hipótesis son una pequeña parte de los que al fin sirven para controlarla<sup>45</sup>.

En el fondo hay una razón intuitiva, y es que la abducción va del efecto a la causa; ahora lo que relaciona el efecto con la causa es una regla o una ley extraída de la experiencia, según la cual el hecho "X" tiene por norma como antecedente el hecho "A". Pero "A" podría no ser el único antecedente posible de "X", en el sentido de que "X" podría tener en teoría como antecedentes, alternativamente A, B, C, etc. El hecho de que Armando haya sido hallado con un objeto proveniente de un hurto puede ser explicado tanto por la hipótesis A (es el autor de sustracción), como por la hipótesis B (es un receptor), la hipótesis C (lo ha adquirido de buena fe en un puesto callejero), o la hipótesis D (lo ha encontrado por la calle).

---

<sup>44</sup> *Ibidem.* p. 112.

<sup>45</sup> *Ibidem.* p. 113.

Solamente cuando el hecho “X” tiene como único antecedente posible “A” y esto puede suceder solo lo ha causado “A”- se puede decir que “X” es la prueba de “A”, es decir, la hipótesis “A” resulta al mismo tiempo descubierta y verificada (por ejemplo, del hallazgo de trazas de morfina en los fluidos biológicos de una persona cabe remontarse al hecho de que esta ciertamente habrá ingerido sustancias con principios activos de morfina o sus derivados. En efecto, pues no cabe otra explicación, ya que el cuerpo humano no produce morfina)<sup>46</sup>.

En estos casos se dice que “X” es un signo necesario de “A”. En términos lógicos entre “A” y “X” hay una relación de implicación recíproca, en el sentido de que si y solo si, se verifica “A” entonces se verifica también “X” y, recíprocamente, si existe “X” este también “A”; “A” no solo es condición suficiente, sino también condición necesaria de “X”<sup>47</sup>.

Pero en las investigaciones está feliz eventualidad sucede solo en el caso de hechos elementales, como el del ejemplo aludido, no tratándose de supuestos complejos, como son las hipótesis sobre el hecho delictivo en su totalidad. Por qué la abducción sirve para crear hipótesis, pero no para verificarlas, puede resultar claro a partir de algunos ejemplos. La criminología ofrece argumentos abductivos. Por ejemplo, permite reconocer la matriz psicopática de un delito. Este dato es muy importante para focalizar el campo de investigación, pero por sí mismo no tiene ningún valor indiciario porque se puede ser psicópata y ser inocente.

El papel ocupado en la organización jerárquica de una empresa o de un partido permite suponer la implicación en determinados ilícitos y es, por consiguiente, un óptimo argumento abductivo que se resume en la expresión “no podía no saber”. Pero por sí solo no significa nada. Si fuese una prueba comportaría automáticamente una inversión de quien tiene que probar, constreñiría a demostrar que, no obstante, ese rol, él no sabía. Una demostración diabólica porque se trataría de una llamada negativa indeterminada: probar que un hecho no ha sucedido nunca en ningún lugar<sup>48</sup>.

El móvil es una fuerte guía del razonamiento abductivo: “Y” ha sido muerto, “X” tenía un óptimo motivo para hacerlo; por tanto, trabajamos con la hipótesis de que “X” ha matado a “Y”. El móvil es importantísimo al iniciar las averiguaciones, precisamente porque permite crear hipótesis y programas de investigación. Pero la importancia del móvil se redimensiona en la fase del juicio, donde las hipótesis no se descubren, sino se controlan. En efecto, el móvil no vale mucho como prueba, pues cabe tener un excelente motivo para matar y, sin embargo, no haber dispuesto de la oportunidad de hacerlo. Y es asimismo posible tener la oportunidad y, no

---

<sup>46</sup> *Ibidem.* p. 114.

<sup>47</sup> *Ibidem.* p. 114.

<sup>48</sup> *Ibidem.* p. 115.

obstante, no aprovecharla. Como dice Quintiliano, “el que ha tenido la ocasión de cometer un delito, no por esto lo ha cometido”. No hay una máxima de experiencia por la que, quien tiene un móvil para matar, habitualmente lo pone en práctica<sup>49</sup>.

En definitiva, debería ser claro que la abducción sirve al investigador, pero no al juez (a menos que él, en el juicio, elabore otra hipótesis distinta de las propuestas por el fiscal y la defensa). Una cosa es la invención de la hipótesis y otra la prueba. Hipótesis y prueba no deben confundirse, del mismo modo que no se confunden la explicación de los hechos y su prueba.

La hipótesis explica, pero no prueba, es decir, ofrece una de las posibles reconstrucciones de los hechos, pero solo las pruebas pueden decir si la hipótesis está realmente fundada. Una imputación de robo es una hipótesis que está realmente fundada. Una imputación de robo es una hipótesis que explica el hecho del robo, pero evidentemente no lo prueba: una cosa es explicar y otra probar<sup>50</sup>.

#### **2.2.4 La verificación.**

En los discursos sobre el método normalmente se produce una “*summa divisio*”; invención de la hipótesis y confirmación. En realidad, una descripción más fiel del modo como se produce la investigación científica debería llevar a identificar un tercer contexto, el de la investigación, que se sitúa después del contexto de la invención y antes del final, es decir, de las razones de su existencia.

¿Por qué complicar el esquema usual, insertando el contexto de la investigación? Las razones están al alcance de la mano. La hipótesis no nace “*ex abrupto*”: es más bien un embrión que se desarrolla y se perfecciona a través de una tupida secuencia de observaciones, cálculos y experimentos. Además, controlar una teoría o una hipótesis en sede científica es laborioso y costoso. Si cualquier idea apenas surgida tuviera que ser llevada inmediatamente ante el tribunal de la comunidad científica, la cosa -además de ser un tanto extravagante- provocaría un derroche enorme de energías y de dinero. Por tanto, la hipótesis, desde el momento en que nace hasta el momento en el que se somete a los controles públicos de la colectividad y de los expertos, atraviesa una fase intermedia en la que resulta sometida a verificaciones preliminares y provisionales por parte de sus descubridores<sup>51</sup>.

En el proceso penal el fenómeno es aún más evidente. Ser juzgados es un hecho que causa dolor. Tal es la razón de por qué, antes del control definitivo del juez, se necesita una verificación anticipada y provisional que acredite la plausibilidad de la hipótesis. La

---

<sup>49</sup> *Ibidem.* p. 116.

<sup>50</sup> *Ibidem.* p. 116.

<sup>51</sup> *Ibidem.* p. 117.

investigación debería servir, precisamente para este fin. Cursa a través de dos momentos: la inscripción de la noticia del delito y la formulación de la imputación. El primer momento marca el descubrimiento, es decir, su formación a una escala rudimentaria y primaria (...); el segundo momento se concreta en el perfeccionamiento de la hipótesis en un esquema -la imputación-completo y consolidado (...) requiere “la enunciación del hecho”, esto es, del hecho en su integridad y no solo en sus elementos esenciales. (...) Hay que tener en presente que la hipótesis no es reducible al aserto elemental “se ha producido el hecho X”, sino que es una afirmación compleja relativa a tiempos, lugares, modalidades de la conducta, intencionalidad del agente y demás. Es decir, la hipótesis se articula en subhipótesis, que es como decir en tantas afirmaciones cuántos son los hechos en los que es divisible la imputación. Así pues, la hipótesis, más que una afirmación sobre un hecho singular es un discurso acerca de un hecho complejo<sup>52</sup>.

Esta verificación discurre según un método hipotético-deductivo-observacional. Dada una hipótesis, de ella se deducen las consecuencias, es decir, los efectos que se habrían producido en la realidad si la hipótesis fuera verdadera; por consiguiente, se observa, a través de la práctica de pruebas, si estos efectos son constatables, es decir, si existen en la realidad los signos de la hipótesis. ¿Qué son los medios de búsqueda de la prueba sino aquellos de los que se sirve el fiscal para llevar a cabo “su” verificación, es decir, una comprobación provisional y tendencialmente unilateral y secreta?

Estos signos pueden existir, y entonces la hipótesis resulta verificada. Pueden existir signos contrarios, entonces se dice que la hipótesis ha sido falsada y, en tal caso, se modifica o se abandona. Podría darse también el caso de que no existan pruebas que la convalidan ni que la refuten, y entonces se descartará por gratuita. Como también es posible que las pruebas adquiridas justifiquen hipótesis reconstructivas del hecho alternativas y equiprobables, y entonces se busca pruebas cruciales, es decir idóneas para dirimir la alternativa<sup>53</sup>.

Una vez realizada esta verificación, el fiscal decide si abandona la hipótesis o la somete a control mediante juicio contradictorio ante el juez<sup>54</sup>.

Hasta este punto, se ha explicado cómo nace una hipótesis, su construcción y su verificación, sin embargo, quiero precisar que no se han expuesto los criterios para su control o justificación; lo que el profesor italiano Iacoviello llama el contexto de justificación; antes de precisar esos requisitos, debo exponer lo que entiendo por verdad en el proceso penal, para

---

<sup>52</sup> *Ibidem.* p. 117.

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 119.

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 121.

explicar al final como juega “la verdad” un papel muy importante junto a la metodología de la hipótesis en el proceso penal.

### **2.3. Teoría de la verdad; proceso penal y metodología de justificación de la hipótesis.**

**“La justicia de la decisión está en el camino seguido para llegar al resultado (Giulio Ubertis)”**

#### **2.3.1 *Sobre la verdad.***

Fue Taruffo, quien restableció el valor de la verdad en el proceso. Sin embargo; también es necesario hacer algunas observaciones.

Una, es que tiende a confundir, como si los sistemas acusatorios (o dispositivos en materia civil) tuviera un compromiso menor con la verdad, lo que es incorrecto. Segundo, pretende derivar para el proceso civil mayores poderes para el juez, recayendo en el modelo inquisitorial de verdad, ya que de la idea de verdad se puede extraer (aunque ello no sea válido para el proceso civil de un modo absoluto, pero por razones de justicia, no de verdad) también un valor absoluto quien tiene que probar. Finalmente, se le puede criticar que, por concesiones a algunas escuelas epistemológicas, termina relativizando o matizando las verdades que se pueden construir en el proceso, cuando la función crítica permite sostente un concepto de verdad sin tales “guiños” a ciertas epistemologías modernas.

No hay duda de la adhesión de Taruffo a la verdad como correspondencia, también sustentado en Tarski, pero ello no es el problema. La cuestión es que reconoce, que al igual que en todo contexto, también la verdad a la que llegamos en el proceso es aproximativa. El punto aquí es que la decisión que tenemos de cuando detener la búsqueda porque ya estamos satisfechos, es una decisión política, que no tiene que ver con la idea de verdad en su función crítica.

De hecho, el sistema acusatorio, es más exigente que otros campos para aceptar la verdad del hecho (o podría serlo menos, según las decisiones que se expresen en los estándares probatorios)<sup>55</sup>.

Taruffo debilita innecesariamente la función crítica de la verdad en el proceso. Nos dice: “En el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, las verdades absolutas no son necesarias, debemos contentarnos con menos, con verdades relativas, pero razonablemente fundadas. Incluso, si las verdades absolutas fueran posibles, no serían necesarias en el proceso, y si aquellas fueran imposibles, no afectaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso” o “Por lo tanto, solo tiene sentido hablar de verdades relativas”. Esto es riesgoso para

---

<sup>55</sup> Binder, Alberto M. *Derecho Procesal Penal* Tomo V. p. 188.

el sistema garantista, que establece exigencias más altas, pero nunca menores a las establecidas en las discusiones de la epistemología. Por otra parte, respecto de la derivación impropia de las atribuciones judiciales desde la importancia de la verdad, nos dice Taruffo: “las partes y su iniciativa, no son suficientes para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad del hecho. No se puede esperar que la partes ayuden al descubrimiento de la verdad. Éstas ejecutan un juego diferente, su objeto es la victoria en el caso, incluso, sacrificando la verdad<sup>56</sup>.

Aquí Taruffo salta de un modelo de verdad a otro. Además, esta visión es errónea en la descripción del juego de las partes, a quienes presentan sujetos que nos les importa la verdad, y no como quienes disputan sobre ella, como lo hacemos todos, sin perder de vista nuestros intereses; esto es inconsecuente porque desconoce la importancia de las cargas dentro del proceso. Esa distribución de las cargas procesales, aun variable, puede perfectamente coexistir con la más exigente doctrina del papel de la verdad (...)<sup>57</sup>.

Binder a diferencia de Taruffo, sostiene que los sistemas adversariales penales, con su régimen de cargas estrictas y fijas son el sistema más exigente en cuanto a la función de la verdad en el proceso. La relativización del concepto de verdad (que surge de su postura de darle una función positiva, no crítica) la extensión impropia del problema de la verdad da las funciones del juez y el olvido de la importancia crucial del régimen de cargas probatorias, hacen que la postura de Taruffo sea una postura más débil en definitiva sobre la función de la verdad en el proceso, y muy riesgosa para la tradición liberal del sistema de garantías.

Dicho de un modo más directo: nadie puede hablar de la verdad del proceso sino habla al mismo tiempo de las cargas procesales. Son dos caras de la misma moneda. Cuando se desvincula el problema de la verdad del tema de las cargas, es un síntoma claro de que se está en el universo de la lógica de la verdad inquisitorial (indagación) pero no en la tradición republicano-liberal<sup>58</sup>.

La exigencia de verdad es la carga procesal principal que funda el sistema acusatorio. Esa carga solo la tienen los acusadores y nunca los imputados, quienes no tienen ninguna obligación de contribuir a la formación de la verdad de los acusadores (...) debe quedar claro que cualquier carga que tenga el imputado -si es que tiene alguna- nunca sustituye la que es propia de los acusadores.

Si bien la exigencia de la verdad es la carga principal y genérica, ella no constituye la única, porque, es tan grande la experiencia histórica del abuso del poder, además de tener que

---

<sup>56</sup> Ibidem. p. 189.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 190.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 191.

demostrar la verdad, hay otra gran cantidad de cargas específicas que limitan, dificultan, circunscribe las actividades acusatorias de búsqueda de la verdad. En definitiva, esta función crítica de la verdad funda todo el sistema de garantías, y lo aleja del modelo de la indagación. Por eso todo el sistema de garantías es un conjunto de cargas procesales que giran alrededor de la verdad del hecho. Esta es la centralidad y función de la verdad del hecho. Esta es la centralidad y función de la verdad en el proceso penal y nos marca el grado máximo de su importancia. Los jueces, nada más, deben exigir el cumplimiento de esas cargas, siempre preocupados por limitar al poder punitivo que se expresa en las pretensiones de los acusadores y por eso son siempre jueces de garantías, independientemente de las decisiones que deban tomar en los distintos momentos procesales<sup>59</sup>.

Quien nos muestra a los abogados la importancia de la verdad en el proceso fue el gran procesalista italiano Michele Taruffo; con este autor vamos descubriendo las distintas formas de ver la verdad, aunque su pensamiento está inclinado por el proceso civil que es el campo donde trabajaba, su genialidad alcanzó otros campos del proceso (narración de hechos, máxima de la experiencia, prueba científica, entre otros).

Como dice Castillo Alva, existen teorías de la verdad que pretenden plantear definiciones de verdad y otras que brindan criterios o test que permiten determinar si un enunciado puede ser considerado verdad<sup>60</sup>.

En mi caso, estoy a favor de la interpretación que brinda Binder sobre la verdad, interpretada como carga del acusador, y esto se funda en que la historia nos ha enseñado lo peligroso que puede ser un juez que busca la verdad; este juez, en su búsqueda, puede aceptar pruebas ilícitas e incluso suplantar a las partes, destruyendo el principio de imparcialidad y el acusatorio.

Quisiera imaginarme al juez sentado, estudiando en su despacho, preparándose y al momento del proceso simplemente observe si el acusador cumplió o no con la carga de probar (como diría el maestro Binder “imparcial es el que no gestiona intereses”), obviamente, es el enfrentamiento entre la hipótesis de culpabilidad y la hipótesis de defensa el problema que tiene que resolver, pero, el proceso penal tiene la particularidad, que, por ejemplo, Al existir una pésima defensa, como la que podemos ver a diario en los abogados de oficio (no todos, no quiero ingresar a la falacia de la falsa generalización), el buen juez, le diga al acusador, no cumpliste con probar tu hipótesis. Absolviendo por no verificación.

---

<sup>59</sup> Ibidem. p. 190.

<sup>60</sup> Castillo Alva, José Luis. *La prueba en el proceso penal. Parte general*. Editorial Instituto Pacífico, 2023, p. 27.

Así pues, si se mira de esa forma la verdad, entenderemos que la importancia está en la metodología que presentamos para decir cuando un hecho es verdadero, esta metodología, es la que nos presenta la epistemología; Dice Binder:

“La acusación es una propuesta de solución basada en afirmaciones de verdad del hecho. El juicio penal es un mecanismo de refutación. El acusador, como el científico, llega convencido de la verdad del hecho, por el que acusa se debe servir de un convencimiento racional, la objetividad del del acusador, controlada por el tercero imparcial. “Lo determinante es la actitud conscientemente crítica ante los intentos de solución; por lo tanto, la participación, en la eliminación, los intentos activos de eliminación, los intentos de criticar, es decir, de falsar<sup>61</sup>.”

### 2.3.2 Metodología de justificación de la hipótesis “la justicia de la decisión está en el camino seguido por el resultado”

Iacoviello dice que el control de la hipótesis se produce a través del método hipotético-deductivo-experimental. En sus pasos esenciales, este método funciona así: dada una hipótesis, se deducen de ella las consecuencias, es decir, los efectos que se producirían en la realidad si la hipótesis fuese verdadera; por consiguiente, se procede a la experimentación empírica para observar si estos efectos se han verificado; en caso positivo, la hipótesis está confirmada, en caso negativo, falsada, o sea, refutada.

El procedimiento de falsación de la hipótesis asume la forma lógica: si  $p$ , entonces  $q$ ; no  $q$ , por tanto, no  $p$ . Esto es, dada la hipótesis  $p$ , debería verificarse la consecuencia  $q$ ; resulta que  $q$  no se ha verificado; por tanto, la hipótesis  $p$  no puede ser verdadera. Los lógicos llaman a este tipo de argumento (que es perfectamente válido) “negación del consecuente” (o tradicionalmente, *modus tollens*). Si  $q$  confirma la hipótesis  $p$ ; se dice que  $q$  es un caso confirmatorio de  $p$ ; si, en cambio,  $q$  desmiente  $p$ , se dice que  $q$  es un caso infirmante de  $p$ <sup>62</sup>. Como se ve, este método comprende los tres fundamentales modos de razonar del hombre: la abducción al crear hipótesis, la deducción al extraer de ellas las consecuencias, la inducción en la tercera fase de verificación experimental.

Aquí, refiere el autor italiano citado que, para evitar equívocos, hay que aclarar que el término deducción, no debe entenderse en el sentido riguroso de deducción demostrativa, que consiste en inferir de premisas dadas todas y solas las consecuencias necesarias. Aquí, de la hipótesis se “deducen” es decir, se derivan, no solo las consecuencias necesarias, sino también

<sup>61</sup> Binder, Alberto M. *Derecho Procesal Penal* Tomo V.; p. 154.

<sup>62</sup> Iacoviello, Francesco. *La motivación se la sentencia penal y su control en Casación*. p. 147.

las probables. Por ejemplo, de la hipótesis de que “X” ha matado a “Y” durante una pelea se infiere no solo la consecuencia necesaria de que “X” se encontraba en el lugar del delito y entró en contacto con “Y”, sino también la consecuencia probable de que “X” hubiera sufrido algún leve traumatismo durante la pelea. En el proceso, en otros términos, se comprueba si existe en realidad los “signos” de la hipótesis<sup>63</sup>.

### 2.3.3 Criterios para la justificación de la hipótesis (pensamiento de Francesco Iacoviello)

#### 1. Criterio de la evidencia total disponible

Un juicio sobre la probabilidad de una hipótesis solo puede realizarse una vez que se haya obtenido -por supuesto, dentro de lo posible- todos los datos que permitan identificar su existencia, esto se conoce como evidencia total disponible. La probabilidad de la suposición “x ha asesinado a y” es considerable si se presenta la evidencia “z ha afirmado haber presenciado la muerte y” y que “sea un testigo fiable”. Sin embargo, si se presenta información útil que se pueda conseguir, por ejemplo: el historial criminal de z. Probando condenas por perjurio y difamación, la probabilidad de la suposición disminuirá de manera drástica.

La probabilidad de la hipótesis aumenta al aumentar las circunstancias probables que ella implica. la hipótesis “x proporcionó un gramo de heroína a y en el día t en el lugar s en compañía de z; además, y le dio a x una cantidad de dinero en efectivo, que fue retirada el día anterior de la cuenta n en el banco B”. Tiene alta probabilidad, siempre que se verifiquen todos los detalles. La probabilidad crece a medida que se incrementan sus posibles refutaciones, es decir, con los hechos que pueden apoyarla o desacreditarla.

Las pruebas deben tener calidad. Pero tampoco resta importancia a que el número de ellas influya en la probabilidad (cantidad). En la ciencia, a mayor experimentos que respalden una teoría, más sólida es la confirmación de la misma. Lo mismo ocurre en el ámbito legal. La probabilidad de que un suceso ocurra se incrementa cuando dos testigos confiables lo afirman en lugar de uno solamente. Esto significa que, estrictamente hablando, en un juicio penal, ninguna evidencia significativa puede considerarse irrelevante<sup>64</sup>.

#### 2. Criterio del aumento de circunstancias probables que ella implica.

Aumenta la probabilidad si la información obtenida confirma todas las consecuencias derivadas de la hipótesis. Si esta incluye los síntomas x, y, z, ...n y se verifica cada una de ellas, se fortalece la confirmación. En comparación con el escenario en el que únicamente se han verificado x, y, z. La acusación de que “A extorsionó a B por una cantidad de dinero” es menos probable si las pruebas solo se centran en 1) “el afectado le dijo a C que debía entregar dinero

<sup>63</sup> *Ibidem.* p. 148.

<sup>64</sup> Iacoviello, Francesco. *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación.* p. 156.

a A” y 2) “el afectado retiró dinero del banco”, en lugar de incluir también 3) “A amenazó a B para extorsionarlo” y 4) “A realmente le entregó lo solicitado a B”.

Lo que realmente importa no es la cantidad, sino el contenido del medio de prueba. La declaración de cinco testigos que presenciaron a x comprar una pistola, aportan menos que un informe técnico que muestra residuos de pólvora en las manos de x.

Además, todo el sustento que el medio probatorio proporciona a la hipótesis depende de las leyes universales, leyes estadísticas, máximas de la experiencia. Cuanto más firme y aceptado sea este “vínculo”, mayor será el apoyo probatorio que a obtenga la hipótesis.

La hipótesis de culpabilidad es susceptible de fraccionarse. Por ejemplo, si “x estaba en una situación financiera crítica y deseaba obtener la herencia de y, el día T en el lugar L, le proporcionó a y una cantidad letal de cianuro de potasio que había conseguido de z” puede separarse en diferentes sub-hipótesis, como “el envenenamiento causó la muerte”. En este caso, el elemento de prueba es “la presencia de trazas de cianuro de potasio en el cadáver de y”. Teniendo en cuenta la ley científica, quien consume cianuro de potasio fallece<sup>65</sup>.

### 3. Criterio de superación sustancial de los intentos de falsación.

En la esfera judicial, el control de una hipótesis se conoce como “contrapruebas”, que son sucesos que no se alinean con la hipótesis de culpabilidad. El futuro está condicionado por la naturaleza del elemento probatorio refutatorio. Es fundamental determinar si este elemento es considerado como verdadero, incierto o meramente especulativo; y si embiste aspectos centrales o secundarios.

La presencia de una contraprueba no significa eliminar la hipótesis. Sería poco realista creer que la presencia de un indicio a favor de la defensa derrumba la posición del fiscal.

La imputación no es rígida y encierra al acusado; presenta flexibilidad dentro de ciertos límites, permite acomodarse a los impactos de las contrapruebas. Se puede afirmar que la fuerza de las contrapruebas baja la probabilidad de la acusación. Ante ello, existe el riesgo que el acusador convierta su trabajo en una hipótesis *ad hoc*, es decir, en respuesta a una fuerte prueba de coartada, plantea el fiscal que el imputado contaba con un partícipe, aunque no tenga medios de prueba. Claramente esta hipótesis nueva se crea para contrarrestar la prueba que desmiente al fiscal, pues no tiene justificación probatoria.<sup>66</sup>

### 4. Criterio de compatibilidad con el universo cognoscitivo de la época, coherencia interna y de congruencia con respecto a los hechos.

---

<sup>65</sup> *Ibidem.* p. 158.

<sup>66</sup> *Ibidem.* p. 159.

El acusador debe presentar una hipótesis lógica a la luz de las teorías y las leyes científicas que constituyen el saber adquirido en una sociedad. La suposición, basada en nuestro entendimiento, de que un avión se ha estrellado debido a un fallo mecánico tiene una probabilidad lógica previa más alta que la suposición de que se haya derribado por un meteorito. Igualmente, argumentar que alguien ha fallecido a causa de un virus conocido cuenta con una probabilidad lógica previa más alta que la causa sea un virus jamás visto antes.

La probabilidad lógica antecedente, tiene su peso en los pronunciamientos judiciales, ya que es preferible la hipótesis sobre el hecho que esté más en sintonía con las experiencias y los conocimientos de la sociedad, por ejemplo, si tenemos que resolver la igualdad de elementos probatorios de hipótesis enfrentadas.

También debe ser intrínsecamente coherente. La autocontradictoria de la acusación puede presentarse en la cuestión jurídico o fáctica. La hipótesis que sostiene al mismo tiempo que  $x$  ha cometido un fraude fiscal sin haber tratado de evadir o hacer evadir el pago de impuestos, es contradictorio. Fácticamente, argumentar que el cirujano  $x$  ha ocasionado la muerte del paciente  $y$ , al mismo tiempo, sostener que la muerte de  $y$ , con aquellos tiempos y aquellas modalidades, era el efecto del decurso inevitable de una enfermedad, es autocontradictoria. La acusación debe ser congruente con los hechos, es decir, debe ser capaz de explicarlos y ponerlos en una secuencia lógica y cronológica apta para hacer un relato razonable y creíble.

Por consiguiente, la probabilidad de la hipótesis aumenta con el incremento de su capacidad explicativa. La hipótesis debe aclarar los elementos que conforman el núcleo fundamental. Por ejemplo: la acusación debe abordar la dinámica del homicidio en sus aspectos principales, no es necesario detallar la trayectoria de cada bala, cada lesión. La credibilidad de no se ve afectada si no puede trazar con claridad los movimientos del homicida en la ejecución del delito.

Otro criterio es la simplicidad. Por ejemplo, en la guantera de un coche está escondido un kilo de heroína. El conductor es arrestado por posesión de drogas; al ser interrogado, se defiende afirmando que un adversario ha colocado allí la sustancia para dañarlo. La teoría de la acusación se presenta más sencilla que la de la defensa, pues se basa únicamente en dos hechos: la compra de la sustancia y que fue escondida en la guantera del vehículo. La defensa tiene una tarea más difícil, tendrá que probar: la existencia del adversario; el móvil de venganza; que tomará un kilo de heroína; y que la hubiera introducido en el coche.

Verdaderamente, la probabilidad de que prueben cinco actos distintos entre sí es sensiblemente inferior a la de verificar uno solo. En este sentido, se puede considerar que la simplicidad de una hipótesis hace crecer su probabilidad<sup>67</sup>.

#### **2.3.4 Verdad como carga procesal y metodología de la hipótesis**

Ahora bien, el proceso penal inspirado en el sistema acusatorio obliga al sujeto procesal “acusador” a la prueba del hecho. Ese hecho, es una hipótesis que se formula con el método abductivo; siguiendo, un tipo penal, pues, es importante dejar en claro, que la tarea de probar es del fiscal, es su carga, y si expone la hipótesis de culpabilidad de que, A mató a B, debe probarla, es decir, debe cumplir con su carga; esta interpretación, no se aleja de la verdad por correspondencia, al contrario, se inspira en ella, pero agrega el concepto de carga.

No obstante, y teniendo en cuenta que este trabajo trata sobre la pretensión de atipicidad, siguiendo lo expuesto en el capítulo uno, es importante tener en cuenta las reglas y el objeto en una imputación.

Por lo que “objeto de imputación” es el hecho (la hipótesis) a la cual le vamos a aplicar las “reglas de imputación” (regla dogmática); y mi posición es que primero debe quedar claro, que existe la hipótesis, y luego ejecutar el juicio de imputación. Este “existencia de la hipótesis”, no puede quedar al arbitrio de un operador, es el pensamiento de la epistemología y los criterios que nos brinda, lo que nos permitirán aproximarnos al cumplimiento de la “verdad como carga del acusador”; que debería expresarse así “verdad como carga del acusador siguiendo las reglas de la epistemología”.

Si tenemos en claro, que la verdad se mide utilizando estas reglas, el proceso penal que se siga con hipótesis “*ad hoc*” decaerá, pues los criterios expuestos impedirán que esas malas hipótesis lleguen a juicio. Por el contrario, si estas hipótesis, desde su formulación al inicio del proceso, respetan los criterios para su formulación, control y justificación; permitirán que no se declare lo que yo llamo “declaración fraudulenta de atipicidad”.

Concluyo la primera parte de este capítulo. “La prueba de “p” se obtiene mirando la verdad como carga del acusador controlada con las reglas brindada por la epistemología”.

Ahora bien, teniendo claro, cómo funciona la prueba de los hechos a los cuales le debo aplicar la regla, podemos entrar a la manifestación de la “pretensión de atipicidad”.

---

<sup>67</sup> *Ibidem.* pp. 160-164.

## 2.4. Atipicidad

### 2.4.1 *Concepto*

“Una conducta peligrosa para un bien jurídico puede ser penalmente atípica por tres clases de razones (i) por razones sociales; (ii) por razones jurídico-extrapenales y (iii) por razones específicamente jurídico-penales (teleológicas)<sup>68</sup>.

Ahora bien, como dice Fidel Rojas Vargas, actualmente, en la doctrina española, portuguesa e italiana (en parte esta última) y, en términos generales, en el análisis legal judicial se ha establecido una forma específica de estudiar los comportamientos delictivos a nivel normativo: la conocida como “teoría analítica del delito”. Esta teoría se distingue por examinar de manera separada los distintos aspectos que conforman un delito, organizándolos en pasos. Así, la teoría contiene una fase afirmativa, con el fin de demostrar la existencia del delito; y una fase negativa, la cual elimina la pretensión del acusador. Esta teoría analítica de dos enfoques se presenta inevitablemente en cualquier caso delictivo que se somete al discurso y la argumentación judicial y fiscal, y constituye la esencia única de los casos penales. Dicha teoría se irá reafirmando o negando con la presentación de las pruebas y la influencia de la argumentación jurídica-dogmática, que es puesta en juego por las partes involucradas.

Sobre la tipicidad penal, según la teoría analítica un hecho será típico cuando él se corresponde o ajusta con lo exigido descriptiva, normativa y subjetivamente por el tipo penal especial. Esta versión toma en cuenta la relevancia del razonamiento probatorio llevada a cabo y un estricto rigor en la subsunción<sup>69</sup>.

### 2.4.2 *Supuestos para solicitar la pretensión de atipicidad (antes del juicio oral).*

Los supuestos son los siguientes: en la investigación preliminar existe la disposición de archivo; en la etapa de investigación formalizada existe la excepción de improcedencia de acción y en la etapa intermedia el sobreseimiento por atipicidad. Veamos de que se trata cada una de estas herramientas procesales.

### 2.4.3 *Herramientas procesales dónde se manifiesta la atipicidad*

**2.4.3.1 Disposición de archivo.** El artículo 334.1. CPP establece las causales por las que el fiscal, luego de recibir la denuncia o culminar la subfase de diligencias preliminares, puede emitir una disposición de archivo. Estas son: (i) que el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. San Martín Castro dice: “el hecho puede ser atípico por la falta de un elemento objetivo o subjetivo del tipo, por la presencia de una causa de justificación. De otro

<sup>68</sup> Silva Sánchez Jesús María. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Editorial Atelier, 2022, p. 21.

<sup>69</sup> Rojas Vargas Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, Cuarta edición, Lima, 2007 pp. 120 – 121.

lado, el hecho no es justiciable penalmente por falta de punibilidad del hecho delictivo o por presentarse cláusulas de exclusión de la pena<sup>70</sup>”.

Lo expuesto significa, que, ante las primeras diligencias, el fiscal puede decidir que la causa penal, no continúe por ser la hipótesis atípica. Ya sea por ausencia de imputación objetiva o subjetiva.

**2.4.3.2 Auto de excepción de improcedencia de acción.** Expresa Montero Aroca: “consiste en la alegación de falta de presupuestos y/o requisitos procesales, demostrando que la denuncia tiene una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal<sup>71</sup>”.

Vecina Cifuentes dice que: “persigue impedir que el órgano judicial resuelva el conflicto mediante una resolución de fondo y de prosperar, absolvería al investigado<sup>72</sup>”.

El art. 6.1, párrafo b, del CPP prescribe a esta institución como un medio técnico de defensa, y su finalidad es evitar que se conduzca arbitrariamente al imputado a un largo proceso penal, evitando la continuación del ejercicio de la acción penal, ya que los hechos no tienen subsunción delictiva<sup>73</sup>.

**2.4.3.3 Auto de sobreseimiento por atipicidad.** Figura jurídica mediante la cual el juez de la investigación preparatoria en la etapa intermedia concluye su tramitación sin emitir decisión final sobre el fondo de la controversia, al ser atípico el hecho<sup>74</sup>. La causal de atipicidad regula todos los supuestos que amparan la excepción de improcedencia de acción<sup>75</sup>.

## 2.5. Conclusiones provisionales

- Se ha establecido en este capítulo el significado de verdad como “carga del acusador”, de la misma forma a esa verdad se llega a través de la metodología de la hipótesis y siguiendo los criterios que nos brinda la epistemología. Todo ello nos ha permitido clarificar la oposición entre “objeto y regla de imputación”, en otras palabras “la hipótesis y la regla dogmática”.
- También, se ha expuesto, las herramientas procesales a través de la cual es posible declarar la atipicidad de una conducta. No obstante, el análisis se ejecutó desde un punto conceptual.
- Ahora bien, en el siguiente capítulo, voy a establecer la unidad de medida, con la que verificaremos la aplicación de la “tarea dogmática”, es decir la Teoría de la Argumentación

<sup>70</sup> San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal: lecciones, conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Editorial INPECCP. 2020, p. 439.

<sup>71</sup> Montero Aroca, Juan; Manuel Oxsells Ramos; Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Montón Redondo, *Derecho jurisdiccional*. Editorial Tirant to Blanch, 1998, p.179.

<sup>72</sup> San Martín Castro César. *Derecho Procesal Penal*. p. 270.

<sup>73</sup> Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Editorial Grijley, 2008, p. 105.

<sup>74</sup> Reátegui Sánchez, James. *La Etapa Intermedia en el código procesal penal*. Editorial Instituto Pacífico, p. 37.

<sup>75</sup> Del Río Labarthe, Gonzalo. *La Etapa Intermedia*. Ara Editores E.I.R.L., 2010, p. 78.

Jurídica (TAJ), son las herramientas conceptuales de esta teoría la que permitirá al evaluador identificar si la decisión de atipicidad es correcta o no.

- Luego, presentaré casos representativos para demostrar, sirviéndome de la TAJ, que la metodología presentada permite identificar un correcto juicio de tipicidad o atipicidad.

Después de este análisis, estaremos en condiciones de brindar las conclusiones generales del presente trabajo.



## Capítulo 3

### La concepción argumentativa

#### 3.1 Identificando problemas

La declaración de atipicidad propone identificar dos problemas; por supuesto con una relación muy cercana; 1) ausencia de motivación en torno a la adopción de criterios de tipicidad y/o atipicidad y 2) confusión entre cuestiones probatorias y cuestiones de subsunción.

Sobre el primer problema, se identifica la adopción no motivada de criterios de imputación, haciendo referencias generales y argumentos de autoridad; omitiendo justificar adecuadamente la decisión.

Y en el segundo problema; se aprecia que la cuestión probatoria es ajena o poco trascendente para el juicio de tipicidad, se le deja de lado, para decir que una conducta es atípica. Por lo que, mi propuesta para mejorar el trabajo de los operadores consiste en medir su actuación a través de la Argumentación Jurídica.

#### 3.2 Argumentación jurídica

El Derecho no es solo argumentación; pero sí lo es en la práctica, pues el Estado Constitucional nos obliga a justificar las decisiones jurídicas.

La existencia de problemas, cuestiones fácticas y jurídicas, dan nacimiento al procedimiento de argumentación. Es decir, resolver problemas jurídicos, significa demostrar las razones de la resolución del problema.

Respecto al concepto de argumentación, Atienza señala que existen múltiples disciplinas que la estudian y, por lo tanto, parece haber diversas interpretaciones del término. Por ejemplo, los especialistas en lógica consideran que los argumentos son series de afirmaciones donde partiendo de premisas, llegamos a la conclusión.

Los componentes que definen la noción de argumentación son los siguientes cuatro: 1) Siempre involucra el uso del lenguaje. Se puede afirmar que es un modo de emplear el lenguaje que se distingue por la necesidad de proporcionar justificaciones: se argumenta a favor o en contra de una teoría, presentando razones. Además, existen argumentos, o partes de ellos, que no se expresan mediante un uso explícito de la lengua; al menos, no en su forma hablada o escrita. 2) Requiere un problema, constituido de cuestiones, y la solución debe fundamentarse en razones que se ajusten al tipo de problema en cuestión. 3) Implica un método. Por ejemplo: la relación entre las premisas y la conclusión no se produce con un salto al vacío, requiere una estructura. 4) Es racional, en dos puntos: es una actividad con un objetivo y existen criterios

para juzgar una argumentación; tiene sentido preguntarse si cumple con criterios de racionalidad.<sup>76</sup>.

### 3.3 Las concepciones

Las tres aproximaciones básicas a la argumentación jurídica son: formal, material y pragmática<sup>77</sup>.

- Formal: Entiende a la argumentación como un conjunto de afirmaciones que no se interpretan, en el sentido de que se ignora el contenido de verdad, así como la validez de las premisas y la conclusión. Se ocupa de asuntos formales: si teniendo en cuenta premisas es posible llegar a una conclusión. Teniendo como objetivo el resultado, siguiendo a la lógica no se describe cómo argumentan las personas, sino que establece condiciones para que un razonamiento sea válido. Por ejemplo: reglas de inferencia.
- Material: Se ocupa del dilema del peso de las razones; es decir, no se trata de preguntas formales, sino de cuestiones referidas a la justificación de una tesis. Esta mirada no tiene el objeto en la inferencia, al contrario, le interesan las premisas y como justifican la conclusión. Sus criterios de corrección se encuentran en una teoría sobre las fuentes del Derecho, o epistemología de la prueba en el proceso.
- Pragmática: Implica una actividad comunicativa, actos de habla; por lo tanto, lo que se destaca son las reglas entre oponentes y la persuasión. Cuestiones relacionadas con la finalidad de persuadir a una audiencia o de alcanzar un consenso sobre un tema teórico o práctico, se manifiesta a través de la dialéctica y la retórica<sup>78</sup>.

### 3.4 Argumentación jurídica y dogmática

Un buen trabajo dogmático debería tener:

- a) Identificación de un problema, junto con las justificaciones sobre su relevancia y por qué merece atención.
- b) Estudio del mismo desde diferentes ángulos: qué lo ha originado, qué problemas similares se encuentran en este o en otros sistemas legales, cómo se ha intentado resolver y las razones por las que esos esfuerzos no han logrado éxito, etc.
- c) Propuesta de solución; y fundamentación de la misma según los criterios que identifican qué constituye una buena solución desde el punto de vista normativo<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Atienza Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta, 2013, pp. 108 – 109.

<sup>77</sup> *Ibidem*. pp. 110.

<sup>78</sup> Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta. Año 2013. pp. 110 – 111.

<sup>79</sup> Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta. Año 2013. pp. 721 y ss.

Robert Alexy presenta **cinco requisitos**:

1. Los argumentos dogmáticos, no son acción, sino un conjunto de afirmaciones.
2. Están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia, pero no se confunden con las descripciones de las reglas o los principios que fundamentan las decisiones judiciales.
3. Formar un todo coherente: (a) no deben contradecirse, (b) en su formulación de deben aparecer los mismos conceptos, y (c) cuando estos conceptos son comunes, es viable establecer relaciones de inferencia entre ellos.
4. Se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente. Esta propiedad implica una importante expansión del debate en relación con el tiempo y el objeto. Sobre lo temporal, significa retomar conclusiones pasadas, y, por ende, mantenerlas o rechazarlas. Respecto al objeto, los resultados de una solución pueden ser evaluados a través de las respuestas a otras preguntas.
5. Poseen un contenido normativo. Son utilizados como argumentos para decidir cuestiones que no podrían resolverse solo con pruebas empíricas<sup>80</sup>.

Por lo tanto, los argumentos dogmáticos (1) son enunciados que (2) de normas establecidas y su aplicación del derecho, pero no pueden equivalen a su descripción, (3) tienen una relación de coherencia, (4) se forman institucionalmente, y (5) llevan un contenido normativo<sup>81</sup>.

En argumentación jurídica, se conoce como justificación interna a la identificación de que la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se eligen cómo eje central de inicio de la fundamentación; por el contrario, a la justificación externa se le da el trabajo de justificar la corrección de la justificación interna. En el trabajo citado, Alexy, dice que la justificación externa se puede construir: con 1) interpretación; 2) dogmática; 3) precedentes; 4) argumentación práctica general; 5) argumentación empírica y 6) formas especiales de argumentos<sup>82</sup>.

El argumento dogmático se ubica en la justificación externa, para justificar la negación del tipo penal (por ejemplo); sin embargo, considero que el gran jurista alemán en ese trabajo no explica como medir un buen argumento dogmático.

Por el contrario, en un trabajo en coautoría con Peczenik presenta una prueba de coherencia, que serviría para medir al argumento dogmático -trabajo que ha sido traducido por

---

<sup>80</sup> Alexy Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Derecho & Argumentación 1*. Editorial Palestra Editores, 2017pp. 320 y ss.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*. pp. 345-359.

Manuel Atienza. Dice Atienza: Según Alexy y Peczenik la idea central del concepto de coherencia se expresa así:

Cuanto más se aproximen los enunciados pertenecientes a una teoría dada a una estructura de fundamentación perfecta, tanto más coherente es la teoría.

El grado de perfección de esa estructura de fundamentación depende de tres tipos de criterios, que serían los *criterios de la coherencia*:

**1. Criterios de estructura de fundamentación.** Cuanto más exhaustiva sea una fundamentación, más consistente resultará la teoría. Considerando todo lo demás constante, el nivel de consistencia de una teoría se ve influenciado por factores como:

- cuántos enunciados fundamentados están incluidos en ella.
- la longitud de las secuencias de argumentos que la conforman.
- el número de relaciones que hay entre las diferentes secuencias de fundamentación, es decir, más secuencias de argumentos apoyan el mismo desenlace.
- cuántos enunciados son pertinentes para el tipo de razonamiento que esta emplea.

**2. Criterios relacionados con los conceptos.** Éstos mantienen unidas las piezas de una teoría:

- Se debe tener en cuenta la cantidad de afirmaciones universales que le corresponden.
- El nivel de generalidad de estas ideas, consistencia entre las diferentes teorías varía según factores como:
  - similitudes que se encuentran entre los conceptos que emplean.
  - las conexiones que nacen de su interacción.

**3. Criterios relacionados con el asunto de la teoría.** La coherencia depende de circunstancias tales como:

- el número de casos y
- la extensión del concepto en la vida<sup>83</sup>.

### 3.5 Los problemas jurídicos.

Utilizar la argumentación jurídica; requiere identificar “cuestiones”, y una vez resueltas estas, se puede brindar la solución adecuada al problema jurídico. El profesor Atienza, nos cuenta que la tipología de cuestiones es considerada para los casos difíciles, sin embargo, considero que la tipología debe ser una guía para todo operador. Voy a presentar las cuestiones, así como su significado para luego ubicar cuáles existen al momento de resolver el problema jurídico de tipicidad penal.

---

<sup>83</sup> Atienza Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. p. 795.

Clasificación:

- **Procesales (1)**, se expone previamente, antes de enfrentar el problema sobre la forma en que debe tomar una decisión acerca del tema central, que el juez se cuestiona si debe resolverlo; si tiene la competencia necesaria para hacerlo y si la persona que presenta el asunto cumplió con el procedimiento.
- **De prueba (2)**, Aquí se identifica si se cumplió con el Derecho probatorio, y luego se ejecuta un juicio inductivo siguiendo criterios epistémicos y determinando bajo un estándar de prueba si el hecho objeto de imputación se ha verificado.
- **De calificación (3)**, Este tipo de cuestiones en la tradición retórica se caracterizaban claramente por tener problemas relacionados con la definición, lo que las diferenciaba de las cuestiones conjeturales (de prueba). Ejemplo: Si Juan chocó con Diego y lo mató, eso es un tema de prueba; en cambio, si la muerte ocurrió por imprudencia (o por imprudencia grave) es problema es de calificación.

Estos problemas presentan desafíos muy diferentes, dependiendo de la expresión que se emplee. El lenguaje tiene una carga valorativa intensa (como “justo”, “equitativo”, “dignidad”, entre otros) ahí es donde se presenta la dificultad.

- **De aplicabilidad (4)**, tratan de determinar si hay o no -o cuál es la- regla que se aplica en la situación.
- **De validez (5)**, lo que se plantea es si una norma, cumple con los criterios establecidos en el sistema legal correspondiente para ser considerada válida. Por lo general, se trata de problemas de constitucionalidad que se presentan ante un tribunal constitucional (. . .).
- **De interpretación (6)**, debe ser considerado aquí de manera rigurosa. Se podría afirmar que todas las cuestiones normativas son temas de interpretación. Incluso las fácticas, los problemas relacionados con la evidencia también entrarían en esta categoría (o tendrían un aspecto interpretativo) (...).
- **De discrecionalidad (7)**, el comportamiento discrecional es el que realiza quien ha de seguir normas fin -principios- lo que supone buscar medios adecuados, para llegar a los fines (...)
- **De ponderación (8)**, en esencia, se trata de pesar principios, siguiendo un método, y determinando en un caso en concreto, cuál de los principios enfrentados, cede por razones identificadas en el caso en concreto.

Una advertencia. Dice el profesor Atienza, que hay casos, dónde pueden coexistir pluralidad de cuestiones. Sin embargo, identificar las cuestiones de la controversia tiene una importancia fundamental para argumentar adecuadamente<sup>84</sup>.

### 3.5.1 *¿La pretensión de atipicidad es un problema de construcción jurídica o es un problema de prueba?*

Para responder a la pregunta primero recordemos las palabras de Alberto Binder:

(...) el que se dedica al estudio del sistema penal que no le suceda lo que al fabricante de guillotinas: se enamora del de la madera brillante, del peso y pulido de la hoja, de los mecanismos, del sonido que antecede a la muerte y olvide que alguien perdió su vida (...)<sup>85</sup>

Como diría Gertrudis en la réplica al discurso extenso y retórico de Polonio: “Más sustancia y menos retórica”. (obra Hamlet de William Shakespeare).

En el pensamiento garantista, existe un principio, se le conoce como “el temor al poder penal”. A través de él, en mi opinión, nace la primera garantía fundamental de todo el proceso penal, la garantía del hecho. Es decir, a la jaula solo entrará aquella persona a la que se probó que cometió un hecho.

Seguimos, pero, muchos dirán, cómo miro el hecho, bajo que reglas califico el hecho, aquí, el operador penal, debe servirse la dogmática jurídico-penal, y ser consciente, que su estudio, constituye una de las ocupaciones fundamentales de un abogado dedicado al Derecho penal.

No debemos olvidar que la Dogmática penal, y sobre todo la de cuño alemán, es el resultado de un producto académico largo, que pretende establecer un conjunto sistematizado de reglas para analizar una conducta<sup>86</sup>.

Ahora bien, la relación entre el hecho y la Dogmática penal. Cómo yo lo veo, se relacionan en el deber de motivar, pues éste nos obliga a dar razones de un hecho y razones de aplicación de una regla jurídica.

Ante ello, considero que la pretensión de atipicidad es una cuestión de prueba y de construcción jurídica, una Dogmática penal que no permita resolver problemas sobre hechos, es incorrecta, pues, al final uno de sus objetivos como ciencia es la aplicación correcta de la norma jurídica penal al caso en concreto (hecho imputado).

<sup>84</sup> Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. p. 431– 439.

<sup>85</sup> Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc, 2016, p. 19.

<sup>86</sup> Silva Sánchez Jesús-María. *Derecho penal parte general*. p. 575.

Líneas arriba, expliqué el método “hipotético-deductivo-experimental” como guía del fiscal, pues, esa guía se construye mirando el delito, pero desde la Dogmática penal, esa relación que también se conoce como “cuestión de hecho y de derecho”, no se puede perder nunca.

El método señalado lo podemos representar así: dada la hipótesis “p”, debería verificarse las consecuencias “q”; resulta que “q” no se ha verificado; por tanto, la hipótesis “p” no puede ser verdadera. Los lógicos llaman a este tipo de argumento “negación del consecuente” (o tradicionalmente *modus tollens*). Si “q” confirma la hipótesis “p”, se dice que “q” es un caso confirmatorio de “p”; si, en cambio, “q” desmiente “p”, se dice que “q” es un caso infirmante de “p”<sup>87</sup>.

Y las condiciones para confirmar que la hipótesis existe son:

- Probabilidad lógica antecedente.
- Si implica las consecuencias x, y, z, w.
- La evidencia debe mostrar la existencia de los x, y, z, w.
- Tiene que ser intrínsecamente coherente y explica mejor los hechos.
- Debe superar los intentos de refutación.
- Debe cumplir el estándar probatorio.

Veamos: “Se entiende que es autor quien tiene dominio del hecho”; “Se entiende que tiene dominio del hecho, entre otros, el sujeto que tiene dominio de la acción”; “Se entiende que tiene dominio de la acción, el que realiza de propia mano la conducta típica”<sup>88</sup>.

Por lo que, siguiendo el método “hipotético-deductivo-experimental”, pruebo la siguiente hipótesis de culpabilidad: Michael disparó a Fredo, solo en ese momento la “regla aplicable”, podrá ser constada (verdad por correspondencia exigida como carga al acusador) y asignado el efecto jurídico, Michael es autor de homicidio por haberse probado que disparó a Fredo”.

Ahora bien, la respuesta que presento, como ya adelante es que “son ambas cosas, pero para resolver el problema de tipicidad hay que identificar si hay razones sobre el hecho para después construir la regla dogmática y aplicarla”

Significa, que no siempre al inicio del proceso penal o, en la investigación formalizada se podrá declarar atípico un hecho; no obstante, en etapa intermedia como ya se concluyó la investigación, se podrán dar mayores razones sobre el hecho y a su vez, se posibilitará el análisis de la regla dogmática.

<sup>87</sup> Francesco Iacoviello. *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*. pp. 147 y 148.

<sup>88</sup> Silva Sánchez. Jesús María. *Metodología del Derecho Penal. Ensayos*. Editorial Palestra; Lima – 2023. pp. 135-137.

La etapa intermedia, significa, se terminó el tiempo para hacer experimentos; por lo tanto, con lo que tienes podríamos determinar si hay tipicidad o no (recordemos el método hipotético-deductivo-experimental).

Pero quiero aclarar algo, la casuística, es muy rica, y obviamente pertenece a la vida, en dónde la norma trata de captar a través de una abstracción el juicio de desvalor, significa, que, hay tipos penales tradicionales, que jurisprudencialmente ya se sabe que medios de prueba (experimentos) nos permitirán confirmar en un alto grado la hipótesis y la tipicidad, pero ante nuevos tipos penal o complejos por ejemplo los que pertenecen al “Derecho Penal Económico” o a la “Criminalidad Organizada”, va a ser difícil que la atipicidad sea declarada al inicio del procedimiento.

En otras palabras, la teoría del precedente ayudaría a declarar la atipicidad de imputación (una especie de tópica), algo, parecido a las enfermedades comunes que el médico trata y sabe cómo resolver.

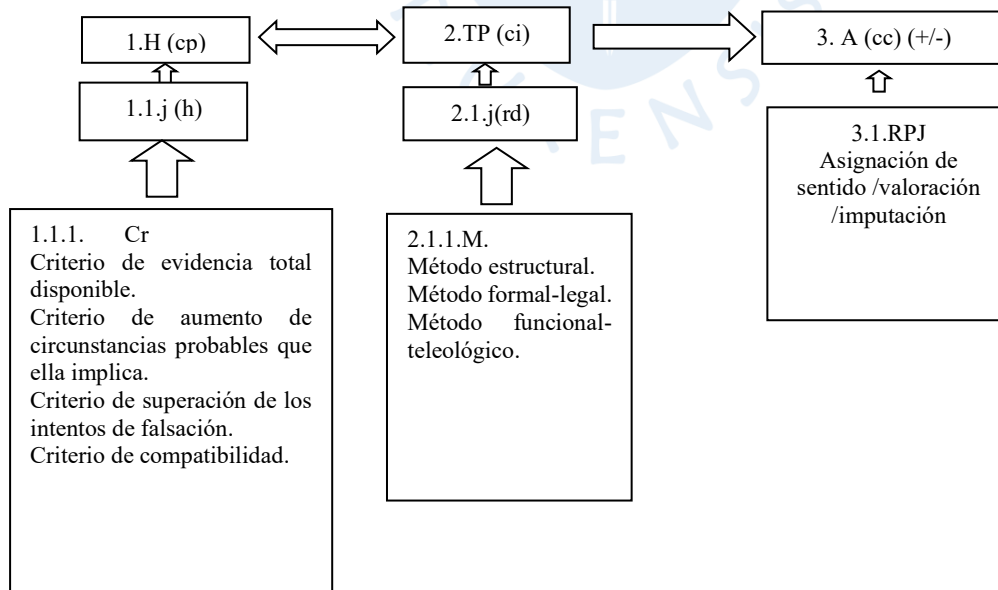
Ahora bien, es necesario, pasar a explicar, utilizando casos, como se justifica la declaración de atipicidad o tipicidad, a través de la Disposición de Archivo, Excepción de Imprudencia de Acción, en el análisis de las muestras, se entenderá mejor, la respuesta a la pregunta que he brindado.

### 3.6 Respuesta a los problemas utilizando la teoría de la argumentación jurídica

#### 3.6.1 Esquema del problema de tipicidad

##### Figural

##### Esquema de tipicidad



- 1.H (cp): significa los enunciados de los hechos es decir la hipótesis fáctica (H), y (cp) establece que es una cuestión de prueba.
- 1.1. j(h): significa que debe existir justificación sobre la hipótesis (debe poder observarse el método de confirmación de los hechos).
- 1.1.1. Cr: significa el método para establecer la probabilidad de la hipótesis.
- 2.T.P (ci): significa un tipo penal (norma jurídico penal) y (ci) indica cuestión de interpretación.
- 2.1. j (rd): significa que del tipo penal se va a extraer una regla dogmática (rd) la cual debe ser justificada (j).
- 2.1.1. M: significa los métodos que se pueden utilizar para justificar la regla dogmática (estructural; formal y funcional).
- 3. A (cc) (+/-): A significa aplicación de (cc) de la cuestión de calificación, es decir de la regla dogmática a la hipótesis la cual puede resultar con la afirmación o negación de la tipicidad (+/-).
- 3.1.RPJ: significa la resolución del problema jurídico (RPJ) de tipicidad, afirmando o negando la existencia de un tipo penal.

### 3.7 Casos

Antes de analizar casos, debe quedar claro que el problema jurídico penal de tipicidad tiene tres cuestiones, **una de prueba, una de interpretación y otra de calificación**. La resolución de estas cuestiones permite al operador resolver de forma científica (actitud metódica) el problema de tipicidad. Voy a presentar los casos y luego ejecutaré el análisis correspondiente. El análisis de casos tendrá dos elementos: Los hechos (hipótesis) y la justificación de la declaración de atipicidad (razones para la declaración de atipicidad).

#### 3.7.1 *La atipicidad en una disposición de archivo: Disposición N. ° 2 – Disposición de no formalización de la investigación preparatoria y archivo. Caso 483-2022*

#### **La atipicidad en una disposición de archivo: Disposición N. ° 2 – Disposición de no formalización de la investigación preparatoria y archivo. Caso 483-2022**

- La Fiscalía Superior Mixta de Piura, analizó un caso, dónde una juez laboral concedió una medida cautelar: embargo en forma de retención. A favor de un trabajador del Ministerio Público, la parte demandada era el Ministerio Público y la cuenta embargada fue por el

monto de S/. 32,677.86. Esta acción, fue denunciada por el procurador del Ministerio Público, indicando que conforme al artículo 73 de la Constitución, los bienes del Estado son inembargables.

- La fiscalía emitió un archivo, tomando como fundamento que, conforme a lo expuesto por nuestro Tribunal Constitucional, los bienes de dominio privado del Estado -que no tengan como fin servicios públicos- si pueden embargarse. Y que corresponde al juez verificar en cada caso la naturaleza del bien.
- En la resolución judicial -objeto de presunto prevaricato- nunca se verificó que la juez, brinde razones sobre la excepción a la prohibición de embargar bienes del Estado, por el contrario, fue la fiscalía en la disposición de archivo, quien dijo que, teniendo en cuenta que el Banco de la Nación, puso a disposición del despacho judicial el dinero de la cuenta. Esta no tiene carácter de inembargable.
- Siendo así, concluyeron sin dar razones lo siguiente: no existe delito de prevaricato por el principio de lesividad, principio de fragmentariedad, la resolución presuntamente prevaricatore se puede impugnar (según la disposición si fue recurrida), por el principio de mínima intervención, no se verifica perjuicio, y no hay dolo. En consecuencia, se produjo el archivo de la denuncia.

### **3.7.2 La atipicidad en la excepción de improcedencia de acción:**

#### **3.7.2.1 Recurso de Casación N. ° 1307-2019/Corte Suprema/Ponente César San Martín Castro**

- En este caso, una persona recibe dinero de su cónyuge a quien se le investiga como autor de los delitos de crimen organizado, organización que -según el acusador- tiene como fin, obtener beneficios a través de procesos judiciales por beneficios laborales y/o pensionarios.
- Uno de los integrantes de esa organización le entrega el dinero a su cónyuge quien ejecutó en el sistema financiero los siguientes actos: a) depósito fijo y b) dos fondos mutuos. Estas acciones fueron calificadas como lavado de activos, en las modalidades de actos de ocultamiento, actos de conversión, con la agravante de pertenecer a una organización criminal.
- El pronunciamiento por atipicidad se basó en el criterio llamado “principio de confianza”. Argumentando la Sala que la investigada recibió el dinero de su cónyuge; se entregó a través del sistema financiero. Asimismo, la investigada, no tiene injerencia

en la conducta de su cónyuge y de la forma como se obtuvo el dinero; no se afirmó en los hechos presentados por la fiscalía que la investigada tenga conocimiento de conductas de su cónyuge que le permitan poner en duda la confianza entre cónyuges.

- Por lo tanto, aplican el principio de confianza.

### **3.7.2.2 Recurso de Casación N. ° 86-2021-Lima/Corte Suprema/Ponente César San Martín Castro.**

- Este caso, tiene relación con los hechos narrados en ellos párrafos anteriores, ahora, el presunto integrante de la organización criminal le entregó dinero a su hijo, quien ejecutó las siguientes acciones: a) recibir el dinero; b) amortizar la deuda de un préstamo hipotecario; c) en su calidad de representante de una empresa compró dos vehículos inscribiéndolos en el registro a nombre de la persona jurídica.
- El acusador imputó lavado de activos, con agravante de pertenecer a una organización criminal.
- La Sala, indicó al igual que en el caso anterior, que el investigado: a) en su calidad de abogado e integrante del estudio jurídico dónde trabaja su padre -presunto integrante de la organización criminal- no participo de los procesos judiciales de dónde provienen las ganancias ilícitas (cohecho activo genérico); b) Que, la empresa que se benefició con la compra de vehículos, se dedica al rubro del turismo, dónde el investigado es representante legal y es una empresa familiar de titularidad de todos los hijos del presunto autor del delito fuente; c) recibió el dinero a través de un contrato de mutuo; d) todos los movimientos se ejecutaron en bancos nacionales, lo que permitió que la ruta del dinero se reconstruyera.
- Por lo que, el investigado, no puede ser autor de ocultamiento, transferencia y conversión, ya que existió un vínculo de parentesco y de trabajo jurídico con su padre, y al haberse utilizado el sistema financiero, y el dinero fue destinado para una empresa familiar, no existen motivos para que el investigado, suponga que el dinero que su padre le entregó era ilícito.
- Aplicando bajo eso argumentos el principio de confianza.

### 3.8 Análisis.

Si pudiera dar un nombre distinto a esta investigación sería “la subsunción típica demostrada desde la teoría de la argumentación jurídica”. Dado que, ésta, se aplica tanto a la cuestión fáctica como jurídica.

En el caso del archivo por prevaricato. La hipótesis de culpabilidad en el nivel fáctico tuvo un alto grado de confirmación, dado que la comisión del delito de prevaricato se ejecuta a través de una resolución judicial. El instrumento del delito fue analizado por la fiscalía superior. Ese no fue el problema. Así pues, lo que fue el eje central del caso, era determinar si el dinero embargado tenía como finalidad brindar el servicio público que el Ministerio Público tiene como objetivo.

Nunca se investigó si ese dinero, tenía como fin, pagar a los trabajadores, o el pago de alquileres de contratos de arrendamiento. Esta información, pudo cambiar el juicio de tipicidad. No estoy seguro, si expresar que no hay delito por ausencia de lesividad fue correcto, ya que no se justificó la atipicidad.

Asimismo, el principio de fragmentariedad está dirigido al legislador, no al operador, no es una razón que justifica la conclusión. Sobre la impugnación de la resolución presuntamente prevaricadora, llama la atención. Pues ¿acaso no son recurribles las resoluciones prevaricadoras? El argumento, es irracional, indica que si se impugna una resolución objeto de prevaricación automáticamente es atípica porque la sala revisora puede cambiar la decisión. Argumentar la existencia del principio de mínima intervención, nos lleva a lo ya expuesto, es un principio dirigido al legislador.

Por último, sobre el dolo. Argumentar que no existe. Pero dando un salto al vacío, sin ninguna cadena de argumentos. Concepto de dolo, posición adoptada (cognoscitivo o normativo) y luego la debida subsunción. Pero, esto demuestra el manejo incorrecto de un sistema de imputación, si ya se argumentó sobre ausencia de imputación objetiva, para que ingresar a la imputación subjetiva.

Sobre el caso dos y tres. Cabe que nos preguntemos si el juicio de imputación objetiva ¿es objetivo? O tiene que evaluar los conocimientos del sujeto, desde una posición anterior a la ejecución de la acción.

Un caso de laboratorio para enseñar la teoría de la imputación objetiva es el del camarero con conocimientos en botánica que a sabiendas sirve un plato con un ingrediente tóxico, aunque no le paguen por el control de la calidad de la comida que sirven, sino solo por trasladar el plato de la cocina a la mesa, no responde por la lesión al. La Doctrina dominante en Perú, siguiendo al funcionalismo jakobsiano, o concepción fuerte de normativismo diría que no hay delito.

Sin embargo, surge un maestro español Silva Sánchez, citado muchas veces en este trabajo, indicando que el conocimiento de riesgo inminente para un bien intrínseco es decisivo para darle sentido a la conducta, dando a entender -no lo dice claramente en su trabajo sobre Parte General pp. 754- que si se vulnera la norma de conducta.

No obstante, el genio español, es más realista que el alemán, y en mi caso, no me queda más que darle la razón, no todos los delitos son iguales. Por lo tanto, el principio de confianza, que en las aulas universitarias se estudia en el contexto de una división de trabajo (vertical y horizontal), aparece ahora en el contexto de un presunto autor de un delito que genera ganancias.

Y esas ganancias se las entrega a su cónyuge y a su hijo abogado, indicando la Corte que, al no existir elementos que permitan inferir a los sujetos sobre la ilicitud del dinero, la confianza se aplica. Declarando la atipicidad. Nótese que indirectamente hablan de prueba del conocimiento. Ahí radica el tema, la hipótesis formulada (recordemos la metodología de la hipótesis del capítulo 2 y el objeto de imputación de la teoría de la imputación), incluye el conocimiento de la ilicitud del dinero, siguiendo el delito de lavado de activos a título de dolo directo o dolo eventual. Es decir, es materia de prueba, Silva Sánchez le llama indicadores, los que permitirán probar el conocimiento que requiere el tipo penal.

Pero la Corte, toma una decisión radical, y dice que acepta la concepción valorativa fuerte y declara atípico el hecho, tanto de la cónyuge como del hijo abogado. Sin embargo, como se observó al inicio de este trabajo, en el caso del taxista que llevaba comida a los mochileros que

transportaban droga, la Corte dijo que el conocimiento de que estaba prestando servicio a la comisión de un delito, eliminaba la neutralidad de la conducta.

Por lo tanto, si, por un momento imaginamos que existía prueba sobre el conocimiento en los dos casos de lavado de activos analizados, la conducta sería típica. Aquí el asunto, porque eso requiere prueba. El conocimiento se prueba.

Considero que, en una excepción de improcedencia de acción, que ataca el ejercicio de la acción penal, dónde recién se ha formulado la hipótesis, la que se va a confirmar o descartar, en casos complejos como el de lavado de activos no puede ser eliminada bajo concepciones valorativas fuertes, al menos no al inicio del proceso.

Y si el conocimiento no importa y solo se mira el rol objetivo, permítaseme citar un caso fuerte en nuestra sociedad. La masacre en Patate. A la abogada y pareja del presunto autor, se le imputa ser autora de crimen organizado (como abogada – rol) y lavado de dinero. Es decir, si ella recibió el dinero de su pareja, lo que diferencia su caso con los casos analizados líneas arriba es el conocimiento. Cuál sería el resultado ante una excepción de improcedencia de acción, tomando en cuenta los casos de lavado de la familia Costa Alva.

Siendo así, considero que, en los casos de lavado de activos, de forma apresurada, sin respetar la verdad por correspondencia como carga del acusador, se declaró atípicas conductas, ignorando la importancia de las cuestiones probatorias, que son ajenas a las cuestiones de subsunción, como decía la teoría de la imputación mencionada en el capítulo uno, hay que diferenciar el objeto de imputación “conducta humana libre” y las reglas de imputación.

No es mi intención expresar que las personas involucradas en los casos de lavado de activos sean autores y exista responsabilidad penal. Pero, los criterios de control de la hipótesis presentados en este trabajo, estoy seguro, ante la ausencia de conocimiento, permitirían la no confirmación y absolución con mayor justificación.

Lo que, si es materia de crítica, es que tenemos una Corte que opina y no emite precedentes, solo precedentes permitirán seguridad jurídica. La tónica de Viehweg es el camino.

## Conclusiones

La tarea dogmática exige el respeto a la Constitución, y ello se fundamenta en que la exigencia de motivación viene de ella. Sobre los hechos, aclaré lo que significa la presencia de un hecho altamente confirmado, ya que la regla dogmática se aplica sobre hechos.

La formulación de la regla dogmática debe ejecutarse desde métodos. Y la verificación de las razones que demuestren el paso de la regla dogmática al problema jurídico (aquí ya se incluye la aplicación o negación), debe justificarse con razones (concepción material de la argumentación jurídica)

El pronunciamiento sobre la tipicidad y/o atipicidad de un hecho; requiere para que sea considerado científico, en cumplimiento de la motivación de la tarea dogmática. Pues solo la motivación del caso, verificando los métodos, permitirá el control intersubjetivo de la comunidad científica; la corrección de un buen argumento dogmático recae en el criterio de coherencia. Se puede utilizar el esquema que presenta Alexy y Peczenik.

La verdad como carga del acusador, es un criterio limitador del poder punitivo; y su construcción no nace del sistema penal, es la epistemología la que brinda los criterios de la formulación; confirmación y justificación de la hipótesis; lo que se le debe pedir al acusador y al juez de juzgamiento es verificar si ese método se cumple.

Las declaraciones fraudulentas de atipicidad son aquellas que no justifican la regla dogmática y omiten señalar el hecho que requiere ser probado, no olvidemos que de los hechos nace el derecho como diría el gran Santiago Sentís Melendo.

La teoría de la argumentación jurídica permite controlar la tarea dogmática, pues, en la concepción formal, identificamos las premisas, en lo material, identificamos la justificación de la regla dogmática y en la pragmática nos permite controlar el comportamiento del proponente (fiscal) y oponente (defensa).

Es peligroso, no identificar el concepto de verdad en el proceso penal; pues, al decir la Corte Suprema que en los casos de lavado de activos existe principio de confianza, apelaron a una verdad por consenso imposible de motivación; es decir, los investigados confiaron, pero porque así lo determinó la Corte y no porque las pruebas lo indicaron.

No se trabajó un caso de sobreseimiento por atipicidad; pues considero que el problema que resuelve es el mismo, aunque, si sigo el pensamiento de la Corte sobre la prueba en la excepción (es decir, está prohibido trabajar temas de prueba), considero que, en el sobreseimiento por atipicidad, el abogado defensor puede argumentar con las pruebas de su lado, ya que, al haber terminado la investigación, ya no hay nada más que agregar, sería incorrecto no permitir su utilización.

La declaración de atipicidad requiere conocimientos sólidos en dogmática penal y teoría de la prueba, los operadores deben estar atentos a estos dos temas.

Según Alexy, una de las funciones de la dogmática es facilitar la resolución de casos, considero, que debe existir una cultura del precedente de las categorías, lo cual facilitaría la argumentación y resolución de problemas.



## Referencias

- Alexy, Robert. 2017. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Derecho & Argumentación 1*. Editorial Palestra Editores.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. 2015. *Tercero en discordia: Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Editorial Trotta.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, y Daniel González Lagier. 2023. *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*. Editorial Palestra editores.
- Atienza, Manuel. 2013. *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Atienza, Manuel. 2018. «La dogmática penal como tecno-praxis.» Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/10-tesis-sobre-la-dogmatica-juridica-en-general.pdf?noCache=1532512076453>.
- Binder, Alberto. 2021. *Derecho Procesal Penal*. Tomo V, VI y VII vols. Editorial AD-HOC.
- . 2016. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc.
- Bordes Solanas, Montserrat. 2011. *Las Trampas de Circe: Falacias lógicas y argumentación informal*. Editorial Cátedra.
- Castillo Alva, José Luis. 2023. *La prueba en el proceso penal. Parte general*. . Editorial Instituto Pacífico.
- Claus, Roxin. 2019. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Grijley.
- Del Río Labarthe, Gonzalo. 2010. *La Etapa Intermedia*. Ara Editores E.I.R.L.
- Framarino Dei Malatesta, Nicola. 1991. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Editorial Temis.
- García Caveró, P. 2019. *Derecho Penal. Parte General*. tercera edición. Ideas Solución Editorial.
- Iacoviello, Francesco. 2022. *La motivación se la sentencia penal y su control en Casación*. Palestra.
- Mir Puig, Santiago. 2016. *Derecho Penal Parte General*. 10ma Edición. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F.
- . 2003. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2da edición. Montevideo – Buenos Aires: editorial B de F.
- Montero Aroca, Juan, Manuel Oxsells Ramos, Juan Luis Gómez Colomer, y Alberto Montón Redondo. 1998. *Derecho jurisdiccional*. Editorial Tirant to Blanch.

- Pastor Muñoz, Nuria. 2019. *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*. Barcelona: Atelier.
- Reátegui Sánchez, James. 2022. *La etapa intermedia en el código procesal penal*. Editorial Instituto Pacífico.
- Reyna Alfaro, Luis. 2018. *Derecho penal: parte general*. Editorial Grijley.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. 2008. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Editorial Grijley.
- Rojas Vargas, F. 2007. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- San Martín Castro, César. 2020. *Derecho procesal penal: lecciones, conforme el Código Procesal Penal de 2004*. segunda edición. Lima: Editorial INPECCP.
- Sánchez-Ostiz, Pablo. 2008. *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Silva Sánchez, Jesús María. 2022. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Editorial Atelier.
- . 2023. *Metodología del Derecho Penal. Ensayos*. Lima: Editorial Palestra.
- Silva Sánchez, Jesús-María. 2025. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas.
- Taruffo, Michele. 2011. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.