



INVESTIGACIÓN PRELIMINAR FISCAL Y TIPICIDAD PENAL

Pedro Angulo Arana

Fiscal Superior Penal, Doctor en Derecho y Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Licenciado en Historia, Catedrático en la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Sumario:

I. Introducción. II. Derechos Fundamentales y el Derecho Constitucional Penal. III. El Control Constitucional. IV. El Control Supraconstitucional. V. El Tema de la Interpretación. VI. Las Facultades del Fiscal. VII. Tipicidad y Principio de Legalidad Penal. VIII. La Subsunción Primordial. IX. Principios Límite a la Tipicidad. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que dirige el fiscal provincial en lo penal, y que materialmente (por mandato de la Constitución) realiza la policía nacional, posee un objetivo concreto: reunir los elementos suficientes para que el fiscal formule una denuncia penal requiriendo el accionar jurisdiccional. Tal accionar importará (como resultado) la apertura e inicio de un proceso penal formal por parte del juez contra una o varias personas concretas.

Resulta claro que el fiscal debe obrar con ponderación y claridad al ejercer la función persecutoria del delito, particularmente cuando requiera la actuación jurisdiccional e impute delitos a personas concretas, en la formalización de su denuncia, pues de no manejarse con el debido cuidado podrá incurrir en irregularidades o hasta en delito (abuso de autoridad), si atribuyera errada y/o ligeramente un ilícito penal a alguna persona.

Conforme a nuestra Constitución, al fiscal le corresponde asumir la conducción (planeamiento, estrategia, control y supervisión) de la investigación preliminar que se convertirá en preámbulo *sine qua non*, generalmente, de la formalización de una denuncia penal (en el caso de existir una investigación judicial, tal cual sucede hoy) o de una acusación penal y del juicio oral y público (en el modelo acusatorio). No debe causar sorpresa el que en un nuevo Código Penal se adjetive el artículo correspondiente que sustituyera al artículo 49 del actual Código de Procedimientos Penales y pudiera rezar así: “El fiscal provincial en lo penal es el director de la investigación preliminar del delito. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de aquella”.

Ahora bien, así fuera que se indicara dicha responsabilidad con las palabras citadas o con otras, lo cierto es que de resultados de la investigación efectuada y para requerir al accionar jurisdiccional, el fiscal deberá calificar previamente los hechos denunciados, y luego atribuir por lo menos un delito a una persona, lo cual supone que aquel deberá previamente analizar la tipicidad de la conducta denunciada.

La verificación de la tipicidad de una conducta, en sus grandes líneas directrices, supone para el fiscal un delicado ejercicio de actividad funcional. En tanto que conocedor de las leyes, desarrollará una actividad técnica que le obliga a remitirse a un conjunto normativo complejo que subsiste como protección del indiciado o denunciado. Esto último, es decir, las vallas que deberá afrontar y superar el fiscal antes de concluir definiendo la tipicidad de una conducta, va más allá del Código Penal y Procesal Penal, recalando en las normas constitucionales e inclusive en las pertenecientes a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Perú. Precisamente, tratando de contribuir al estudio de este importante tema, es que desarrollaremos algunas ideas sobre el mismo.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL

Si bien es cierto que, luego del 11 de setiembre del 2001, el gobierno norteamericano ha liderado muchas actuaciones que socavan gravemente el desarrollo de los Derechos Humanos en el orbe, y el de la Corte Penal Internacional en particular, no es menos cierto que aún subsiste una fortísima corriente internacionalizadora de la justicia penal, a partir de tales derechos. Respecto ella, informados analistas consideran que es una tendencia que será muy difícilmente revertida¹. Precisamente graficando el último aserto, podemos recordar que Carlos Caro ha referido que en Alemania ya se discute un proyecto de Código Penal Internacional².

Ahora bien, en el caso peruano ciertamente existe un notable desarrollo ideológico humanista, que se hizo patente en la Constitución de 1979, en el primer artículo constitucional, que fue repetido casi exactamente en la primera norma de la Constitución vigente, y que establece lo siguiente: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado"³. Obvio es que se entiende que esta idea personalista preside e inspira el desenvolvimiento funcional de todas las instituciones estatales, así como las obliga a un desempeño coherente.

El personalismo asumido, conforme al principio de la dignidad humana, nos obliga a asumir principistamente que la misma política criminal a desplegar en nuestro país debe apostar, conforme expresara Silva Sánchez⁴ para el caso mexicano, por una racionalidad sustentada en los principios de necesidad y proporcionalidad en el contexto del concepto de persona humana, su dignidad y derechos fundamentales.

Existe, hoy por hoy, plena conciencia de que la actividad persecutoria del delito, entendiendo que se realiza en un Estado de Derecho, debe atender rigurosamente a los derechos y garantías que le asisten al investigado y que se encuentran no sólo en los códigos penales, procesal penales y las leyes orgánicas de las instituciones que de ello se encargan, sino consagrados, sobre todo, como derechos fundamentales (en lo interno-constitucional) y como derechos humanos en los convenios y

1 NOLTE, Detlef; El Juicio de la Historia. Espectros del pasado en América Latina, artículo en Materiales de Lectura del Seminario Internacional "Retos de la Judicialización en el Proceso de la verdad, justicia, reparación y reconciliación", Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Lima, Perú, 2003, p.5

2 CARO CORIA, Dino Carlos; Código Penal; Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal, Estudio Preliminar; Ed. Gaceta Jurídica, Lima Perú, 2002, p. 32-33. En el mismo sentido, y con el propósito de dotar de contenido ético a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1993 el teólogo Hans Küng, con motivo de la celebración del Primer Centenario del Parlamento de las Religiones del Mundo en Chicago, preparó un proyecto de Declaración Ética mundial, concebido como una ética mínima extraída del "reducto de principios éticos comunes que comparten todas las éticas de las grandes ideologías, escuelas filosóficas o religiones, llamadas éticas de máximos" que parte de una convicción fundamental "todo ser humano debe ser tratado humanamente". En Coll i Alemany, Josep Maria y otro; La declaración de una Ética Mundial a Debate; artículo en Revista del Instituto Chileno de Estudios Humanísticos; Gráfica Funny S.A., Segunda Epoca, Vol. 3, Primer Semestre; Santiago, Chile; 2003, p. 11 y ss.

3 Constitución Política del Perú; Ministerio de Justicia; Edición Oficial, Lima, Perú, 1998, p.17. También se le denomina Principio humanista.

4 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Estudios de Derecho Penal; Instituto Peruano de Ciencias Penales, Ed. Grijley, Lima, Perú, 2000, p. 192 - 195.

tratados internacionales (en lo externo). En el Perú, puede bien advertirse que la constitucionalización del Derecho Penal y Procesal Penal se realizó con la anterior Constitución y bajo la inspiración e influencia de la Carta Magna española de 1978.

En lo constitucional, por ello, se entiende que las normas limitadoras del *ius puniendi* establecen la adopción de un Programa Penal, es decir, un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar⁵. Para César Landa, precisamente, tal conjunto de principios que coadyuvan a la defensa de los derechos de los procesados, fundamentan al denominado “Derecho Constitucional Penal”⁶.

Coherentemente, con ocasión de la reforma constitucional, en relación a nuestro tema, Landa ha sostenido: “Sobre la base del decálogo de los derechos humanos, propio de un Estado social y democrático de derecho, corresponde reformar las bases del Derecho Penal en la Constitución, en función de la tutela de la persona humana y sus derechos. Así los derechos humanos despliegan su fuerza normativa y replantean los conceptos e instituciones clásicas del Derecho Penal en sus campos sustantivo, procesal y de ejecución penal, en función del “bloque constitucional de los derechos humanos”⁷.

La constitucionalización del Derecho Penal y Procesal Penal, en resumidas cuentas, significa entonces generar una política criminal al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales de la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial a un marco valorativo consensual (por su legítimo origen popular) que evite cualquier género de subjetivismo o arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo. Diego García Sayán, precisamente, sostiene que la exigencia del respeto a los principios y normas constitucionales es tal, que sólo en el caso de que siempre fueran estos prevalentes, legitimaría el que habláramos de una democracia constitucional⁸.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

A modo de constatación que refuerza lo hasta aquí sostenido, podemos claramente advertir, en lo práctico y concreto, la existencia y el desarrollo de un control constitucional que se revela, también, para la administración de justicia penal⁹.

Tal actividad del más alto nivel encuentra sobrada justificación en dos razones. La primera presentada a modo de conclusión por José Palomino, quien certeramente expresa que dicho control “camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional, con lo cual la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico”¹⁰.

5 CARO, ob cit., p. 27

6 LANDA A., César; Los Derechos Humanos como fundamento constitucional del Derecho Penal; artículo en Actualidad Jurídica, Opinión de los juristas; Aportes para la reforma constitucional; Tomo 100, Mayo, Gaceta Jurídica; Lima, Perú, 2002, p. 40. Héctor Fix Zamudio, citado por Ovalle, refiriéndose a las garantías constitucionales las ha definido como: “derechos subjetivos públicos conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas constitucionales, con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales intervienen”, Ovalle Favela, José; Garantías Constitucionales del Proceso; Ed. Mc Graw Hill S.A., México, 1995. P. XV - XVI

7 ÍDEM p. 41

8 GARCÍA SAYÁN, Diego; Responsabilidad Política y Jurídica de los gobernantes; artículo en Materiales de Lectura del Seminario Internacional “Retos de la Judicialización en el Proceso de la verdad, justicia, reparación y reconciliación”, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Lima, Perú, 2003, p. 75.

9 PALOMINO MANCHEGO, José F., Control y Magistratura constitucional, artículo en Derecho Procesal Constitucional, varios autores, Susana Castañeda Otsu Coordinadora; Jurista Editores, Lima, Perú, 2003, p. 962 - 963.

10 ÍDEM, p. 182. Precisamente en Colombia existe una fuerte corriente, en la que se distingue a Alberto Suárez Sánchez, quien se remite a los alemanes Konrad Hesse (a través de Juan Manuel Charry) y Loewenstein, para entender que la Constitución tiene validez material en sus normas concretas, por lo cual deben aplicarse directamente extrayendo de aquellas soluciones a los casos concretos, superando la noción de constituciones “semánticas” y el reproche de Loewenstein, en el sentido de que se debe procurar que la Constitución sea un traje que sienta bien y que se lleva realmente, no simplemente un disfraz. Suárez Sánchez, Alberto; El debido proceso penal; Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia, 1998, p. 34 y ss.

Ahora bien, habiendo expresado Luis R. Sáenz, en relación a la actividad judicial, que “si bien toda función estatal goza de una incuestionable presunción de legitimidad constitucional, es evidente que ello no significa *per se* el negar de plano la posibilidad de eventuales excesos o distorsiones como situaciones de riesgo o indiscutible probabilidad”¹¹; por tanto, segunda razón suficiente para instaurar el control es la hipótesis de que mediante el poder conferido a los fiscales y jueces pueda vulnerarse derechos fundamentales de las personas, lo que exige erigir mecanismos potencialmente reparatorios de los excesos. Finalmente Sáenz sella el razonamiento al sostener: “La adopción de fórmulas de control sobre los jueces no puede considerarse como un acto contrario a los objetivos del sistema jurídico, sino, antes bien, como un complemento ideal para su efectiva realización”¹².

Ahora bien, el control del Tribunal Constitucional, paralelamente, se deja sentir, pues en tal razón se ha expresado “es un hecho incontrovertible, que del total de causas que, vía recurso extraordinario, llegan a nuestro máximo órgano de control de la Constitución, un porcentaje verdaderamente considerable son reclamos generados contra resoluciones judiciales, reclamos generalmente sustentados en la existencia de una transgresión real o presunta de determinados derechos constitucionales”¹³.

No se crea que los hechos concretos que se reclaman aparecen lejos de la función del fiscal, sino por el contrario. Así tenemos que Susana Castañeda, en referencia a la que denomina jurisdicción constitucional de la libertad,¹⁴ enumera que en relación al Habeas Corpus se han ventilado diversas afectaciones referidas al debido proceso, entre las cuales ha identificado afectaciones al derecho al juez natural, violaciones al principio *nos bis in idem*, respecto el derecho al plazo razonable o al principio acusatorio, entre otros¹⁵. Y debe anotarse que, precisamente, al fiscal le corresponde, por ejemplo, arraigar ante el juez natural, abstenerse de pretender una doble sanción, el control de los plazos y la tutela del debido proceso.

IV. EL CONTROL SUPRACONSTITUCIONAL

Si bien es cierto hay distancia entre las normas referidas a Derechos Humanos pertenecientes a la Constitución de 1979 y la actualmente en vigencia,¹⁶ debe considerarse que el artículo 55 indica que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”¹⁷. Esto mismo supone que los tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú constituyen leyes del país y de tal modo deben ser aplicados por los magistrados. Asimismo, en la cuarta disposición final y transitoria, referida a las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se expresa que aquellas “se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por nuestro país”.

Samuel Abad nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha establecido que la disposición antes citada comprende, también, una adhesión a la interpretación que de tales instrumentos hayan

11 SÁENZ DÁVALOS, Luis R; Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a las resoluciones judiciales arbitrarias, artículo en Derecho Procesal Constitucional, ob. cit., p.136.

12 ÍDEM, p. 137.

13 SÁENZ, art. cit., p. 135.

14 CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés; Habeas Corpus, normativa y aspectos procesales, artículo en Derecho Procesal constitucional, ob. cit., p. 286.

15 ÍDEM, p. 308 - 309.

16 Se ha reconocido que en 1979 el Perú estuvo a la vanguardia en Latinoamérica, respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el artículo 101, se decía que en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecía el primero. Manili, Pablo Luis; La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional; Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 39, Lima, Perú, 2002, p. 27.

17 Constitución, ob. cit., p. 40.

realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, a la realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, expresa: “De esta manera, las interpretaciones de la Corte Interamericana complementan el ordenamiento constitucional peruano en materia de Derechos Humanos”¹⁸.

Carlos Caro, por eso, en relación a la actuación práctica del sistema internacional de protección a los Derechos Humanos, refiriéndose a procesos penales irregulares, destaca la impronta y el vigor de las decisiones supranacionales: “Por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica que vinculan al Estado peruano y que en los últimos años han adquirido gran relevancia en la materia penal, como dan cuenta, por ejemplo, las resoluciones de los casos Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997), Castillo Páez (3 de noviembre de 1997), Castillo Petrucci y otros (30 de mayo de 1999), Ivcher Bronstein (6 de febrero de 2001) y Barrios Altos (14 de marzo de 2001)”¹⁹.

V. EL TEMA DE LA INTERPRETACIÓN

La ley penal, como cualquier ley, requiere ser interpretada. Aparecen ya superadas las épocas de hegemonía del positivismo radical en que se consideraba que las normas podrían tan ser precisas y claras, en resumen perfectas, que requerían que el fiscal las aplique sin pensarlas, tal como también lo haría el juez.

César Azabache considera en tal sentido que el Derecho, en tanto práctica social basada en reglas, “supone un esfuerzo permanente por determinar los hechos que forman la controversia, identificar las reglas aplicables al caso y determinar el significado que corresponde asignar a unos y otras”²⁰.

Hurtado Pozo ha referido en relación a las dificultades y la necesidad de la interpretación: “El lenguaje legal y la terminología jurídica no escapan, evidentemente, a la especificidad del lenguaje en general, es decir, a su carácter abstracto y general”, y por ello añade: “El campo de aplicación de las palabras no está siempre totalmente definido y muchas palabras están asociadas a más de un significado”. El lenguaje es, en consecuencia, vago y ambiguo.

Palomino Manchego explica así el problema: “La Constitución contiene entre sus preceptos, y muy significativamente en la tabla de los derechos fundamentales, lo que la doctrina germánica ha reconocido como el sistema de valores materiales del ordenamiento jurídico, normas portadoras de valores y, por eso mismo, caracterizadas por tener una fuerte dosis de indeterminación y ambigüedad”²¹.

Para Carlos Caro, “la interpretación de la norma penal no sólo es necesaria sino también inevitable”, ejerciéndose en tal momento “un indiscutible acto de poder, capaz de conducir a soluciones dogmáticamente correctas y criminalmente satisfactorias, o a lo contrario, el ‘acaso o la arbitrariedad’, teniendo en su desarrollo una faceta lógica, entrando en juego ‘tanto los conocimientos del operador jurídico, como sus condicionamientos culturales y axiológicos’ apreciándose en la interpretación una dimensión cognitiva y otra valorativa”²².

Ahora bien, la interpretación del derecho penal, esto es, el esclarecimiento de un enunciado típico concreto explicando su sentido o, en otras palabras, detallando por qué el acto realizado resulta

18 ABAD YUPANQUI, Samuel B; El proceso constitucional de amparo. Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso, artículo en Derecho Penal Constitucional, ob. cit., p. 329.

19 CARO CORIA, ob. cit., p. 13.

20 AZABACHE C., César; Introducción al Procedimiento Penal; Palestra Editores, Lima, Perú, 2003, p. 10-11.

21 PALOMINO, art. cit., p. 168.

22 CARO CORIA, ob. cit., p. 24 y ss.

configurando el ilícito contenido en la norma penal, resulta tanto crucial como imprescindible para justificar la decisión del fiscal al formalizar una denuncia (en el modelo procesal penal mixto) o presentar su acusación (en el modelo procesal penal acusatorio). Es en tal sentido que Hernández Marín ha escrito: “La interpretación del Derecho interviene como parte de los “considerandos” o de los “fundamentos de derecho”²³.

Desde la comprensión del Derecho Penal como un sistema de filtros destinado a limitar el poder punitivo estatal a lo estrictamente necesario, Raúl Zaffaroni ha definido al Derecho Penal como “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”²⁴.

VI. LAS FACULTADES DEL FISCAL

El *ius puniendi* es la potestad que el Estado ha tomado para sí de castigar ciertas conductas ilícitas de los ciudadanos, como bien dice César San Martín, “en aras de garantizar la seguridad ciudadana”²⁵ mediante la imposición de sanciones penales. Originalmente, tal ejercicio de poder sólo fue realizado por los jueces, esto es, que recibían la denuncia, investigaban, procesaban y sancionaban, reservándose los reyes la última instancia, y sólo con la instauración del Estado moderno y las repúblicas, tal potestad fue dividida en dos instituciones que deberían actuar en el sistema de enjuiciamiento penal, en una división de trabajo que, a su vez, supuso un control recíproco en beneficio del justiciable. Así, al Ministerio Público se le encargó parte del ejercicio del *ius puniendi*, esto es la persecución del delito en cuanto preparar y ejercitar la acción penal así como acusar y sustentar la prueba del ilícito penal.

Por tanto, la actuación del fiscal asume la característica de emanar de la soberanía nacional revistiéndose de imperio, el cual se expresa nominalmente, en el caso peruano, en la cabeza de la institución que precisamente se denomina Fiscal de la Nación. Esto mismo otorga fe pública a las actuaciones y documentación que generan los fiscales en el ejercicio de su función, significando paralelamente responsabilidad si se distorsionaran o, peor aún, falsearan las actas de lo verificado o actuado.

Al fiscal, pues, le corresponde requerir el accionar jurisdiccional que supone la actuación del denominado “derecho de penar del Estado” mediante el ejercicio de la acción penal, en su condición de titular de la misma.²⁶

La Constitución vigente en su artículo 159, inc. 5, otorga facultad al Ministerio Público para ejercitar la acción penal, de oficio o a petición de parte, así como indica, en el inciso 4, que le corresponde conducir la investigación del delito, que es la actividad previa, generalmente, a la denuncia formal que efectuará. Ahora bien, resulta claro que las funciones del Ministerio Público, ente abstracto al fin y al cabo, sólo pueden ser cumplidas por sus órganos representantes que se indican en los artículos 2 y 36 y mediante los actos referidos en el artículo 3, de la LOMP.

Para César San Martín, la Constitución ha establecido ya un nuevo proceso penal, explicando esto así: la función persecutoria que la Constitución encomienda al Fiscal, destinada a la aplicación del derecho penal a los infractores de las normas jurídico-penales, permite constituir un proceso penal

23 HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael; Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho; Marcial del Pons Ed S.A.; Madrid, España, 1999, p. 246.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros; Derecho Penal - Parte General; Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 4.

25 SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Volumen I; Ed. Grijley EIRL; Lima, Perú, 1999, p. 10.

26 SAN MARTÍN, ob. cit., p.171.

esencialmente acusatorio”, ocurriendo que “el poder judicial no puede recibir denuncias de ninguna otra procedencia”²⁷.

San Martín indica la existencia de jurisprudencia sobre este tema: “Si el Fiscal omite pronunciarse sobre la situación jurídica de un detenido y no formaliza denuncia contra él, pese a existir evidencias preliminares en su contra, sólo se instará la promoción de la acción penal si el Fiscal superior jerárquico lo dispone, lo que revela la absoluta separación entre perseguir el delito y juzgarlo”.²⁸

Tenemos también que si el Fiscal provincial en lo penal resulta ser quien ejercitará la acción penal, aquél requiere asumir conocimiento previo de la *notitia criminis*, y luego esforzarse en determinar si los hechos que se indican constituyen ilícito penal. La forma de conocerlos será por medio de la denuncia que formulan los particulares, conforme se indica en los artículos 12 y 94 inciso 2, de la LOMP. Y la diferencia, respecto a la acción pasible de realizarse por el Fiscal, respecto a la denuncia de los particulares, conforme a los artículos últimamente citados, es que el fiscal “formaliza” la denuncia ante el juez correspondiente.

La LOMP, que establece en su artículo 5 que los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a su propio criterio, en modo concordante a lo mismo, y a diferencia de otras legislaciones, también indica que el Fiscal, antes de ejercitar la acción penal o, en otras palabras, antes de “formalizar” la denuncia, deberá estar convencido de que lo denunciado constituye un delito. A esto se refieren los artículos 12 y 94 inciso 2 cuando expresan que el Fiscal antes de formalizar debe considerar procedente la denuncia.

A esta convicción se le denomina discrecionalidad técnica. Carlos Creus desarrolla tal noción así: “La estimativa (provisional) de la eventual tipicidad penal del hecho que ha conocido actúa con discrecionalidad técnica, entendiéndose por tal la posibilidad que el funcionario tiene de discriminar si se encuentra o no ante un hecho que puede constituir delito para promover la acción o abstenerse de hacerlo”²⁹.

La consideración de la procedencia de la denuncia, por parte del Fiscal provincial (y del superior en su caso), supone una convicción personal o íntima, y solamente dada esta, como precondition, surgirá la obligación contenida en el artículo 94 que le impone formalizar la denuncia respectiva (principio de legalidad procesal). La remisión al Fiscal de actuar conforme a la opinión que se forme supone una calificación objetiva, alejada de prejuicios y subjetivismos.

La formalización de la denuncia, por otro lado, ateniéndonos al diccionario de la Real Academia de la Lengua, no significará solamente darle una forma o carácter de seriedad a lo que no tenía tal condición, sino que implica dar revestimiento legal o la conformidad de ley (legitimar) a la denuncia; esto es revestir de *ius imperium* a aquello que no lo tenía.

El Fiscal para formalizar una denuncia, al margen de indicar la pena que sanciona el presunto delito y los elementos probatorios con que cuenta, debe efectuar la exposición de dos cosas fundamentales que tienen que ver con el tratamiento que desarrollamos ahora. Y estas son: debe indicar los hechos de que tiene conocimiento y el delito que tipifican tales hechos (art. 94 inciso 2 LOMP). Ahora bien, el concepto de exponer los hechos (indicado en la norma) implica los conceptos de interpretar, mostrar, etc. Esto mismo nos convence de que también debió colocarse la palabra fundamental, puesto que si finalmente se aparece afectando a alguna persona en su derecho al vincularlo a un naciente proceso penal, resulta lógico y razonable que se deban esgrimir razones para ello.

27 ÍDEM, p. 164.

28 ÍDEM, p. 165.

29 CREUS, Carlos; Derecho Procesal Penal; Ed. Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1996, p.36.

Respecto a los hechos, considerados desde su cariz ilícito, se establece que son no los que correspondan con la verdad o el hecho histórico sino que son aquellos a los que ha podido humanamente acceder el Fiscal y que obviamente deben aparecer razonables, creíbles y fundados, de ser el caso, en elementos materiales objetivos. Por ello es que al Fiscal para formalizar una denuncia sólo se le exige la existencia de indicios razonables de la comisión del ilícito y de la autoría del denunciado (en nuestro actual modelo procesal).

Es en este sentido que se pronuncia Rodolfo Vega: “Además de la justificación de índole formal o legal que le permiten denunciar, tiene que tener una justificación material, esto es, los indicios, las pruebas o los elementos de juicio suficientes y necesarios para pedirle al juez que inicie una investigación”³⁰.

Efectuando el Fiscal un desempeño profesional técnico que a su vez limita y afecta los derechos de las personas, su tipificación la debe desarrollar bajo el principio de adecuada tipificación penal. Por tanto, asume responsabilidad quien se desempeña de modo ligero o irresponsable.

A esta altura, cabe indicar que el mandato constitucional que otorga al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito, desde el punto de vista de la tipicidad, debe tener una clara orientación y desenlace en la investigación preliminar, de conformidad, también, con la Ley N° 27934.

Precisamente el mandato de esta ley, conforme al Estado de Derecho, implica el fortalecimiento de la comunicación y obligatoria coordinación y control del Fiscal respecto a la actividad de investigación material del delito que realiza la Policía Nacional, pues define la dirección de la investigación por el fiscal. Esto último importa para el fiscal la facultad de ordenar el inicio de las investigaciones, recibir informes detallados y los documentos de cuanto efectúa la policía, para dar directrices que deben estar ordenadas a la verificación de la tipicidad del delito de que se trate.

No cabe entender, en nuestra comprensión, sino tres modos en que resultará útil el control de la investigación por parte del fiscal; primero, apartar al juez de la misma, cautelando su decisión sobre el fondo; segundo, cautelando los derechos del indiciado o denunciado; y, tercero, orientando la investigación policial en orden a la verificación de la tipicidad del delito denunciado y por ende recogiendo en actas cuanto verifique indicios o elementos probatorios del hecho y del vínculo causal y su autoría.

VII. TIPICIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

En relación a la actividad fiscal preliminar, esto es, a la actividad que supone el ejercicio de la acción penal, resulta claro que se recibe un mensaje del principio de legalidad penal contenido en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución. De aquel se comprende que el fiscal no podría denunciar a una persona, esto es imputarle un delito y, a la vez, requerir el accionar judicial (un procesamiento formal) si aquella no hubiera incurrido en un acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviera previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible³¹.

30 VEGA BILLÁN, Rodolfo; Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional Hermilio Valdizán; Fohat Ediciones; Huánuco, Perú; 2002, p. 179

31 El tipo penal se genera precisamente cuando la conciencia jurídica y político-social, consciente de los Derechos Humanos impuso una exigencia de seguridad, esto es, que la descripción de los delitos sea clara y precisa. La teoría del tipo cumple una función de concreción y fijeza de la realidad jurídica penal más allá de la cual no cabe dotar a ninguna conducta de significación penal. Marcone Morello, Juan; Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares; tomo 3, AFA Editores S.A.; Lima, Perú, 1995, p. 1943.

En esto último, se advierte la existencia del principio de determinación o taxatividad de la ley penal, que a decir de José Castillo “constituye uno de los baluartes más importantes del principio de legalidad al permitir aplicar la seguridad jurídica describiendo el núcleo del ilícito con claridad y sencillez”³². Asimismo, podríamos afirmar que reduce a una sola clase de normas, las que pueden ser tenidas como fuente en la creación de los delitos. El fiscal debe estar atento, por ello, a la norma típica que permite hablar de delito y activar legítima y válidamente un proceso penal.

A este respecto, Castillo indica que “el valor del principio de legalidad es doble: 1º. No se puede punir la acción que no se encuentra expresamente incriminada en la ley, aunque se trate de un hecho antisocial; y 2º. Sólo se puede punir la acción legalmente incriminada aunque no sea socialmente peligrosa”³³.

La tipicidad o encuadrabilidad a la que debemos referirnos entonces se distingue del tipo, en tanto éste constituye una fórmula paradigmática que pertenece a la ley, y la primera se advierte que pertenece a la conducta humana. Así es que Zaffaroni define a la tipicidad como “la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal”³⁴. Muñoz Conde, citado por Villa Stein, define la tipicidad de forma muy parecida como “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”³⁵.

Para Marcone Morello “la tipicidad es esa conformidad de la conducta a aquella imagen directriz trazada en la ley, es la característica que presenta la conducta cuando realiza concretamente el tipo legal, es la adecuación objetiva, externa de la conducta a la descripción legal”³⁶.

Robinson Gonzales, citado por Vega Billán, estima lo siguiente: “La tipicidad viene a ser la operación que hace el fiscal, el juez, los abogados, los operadores jurídicos; operación de verificación y determinación si una conducta real, una conducta denunciada, se adecúa en su aspecto objetivo y en su aspecto subjetivo al tipo penal. Sólo si se concreta esta verificación podrá decirse hay tipo objetivo y hay tipo subjetivo, hay adecuación subjetiva y objetiva, en consecuencia, hay tipicidad”³⁷.

Obvio resulta ser que el fiscal, en un momento crucial, deberá efectuar un juicio de tipicidad, esto es un análisis de comprobación de la tipicidad de la conducta de quien fue denunciado ante su Despacho, y ello lo realizará comparando la conducta particular concreta con la formulación descriptiva de conductas y la valoración jurídica de los conceptos desarrollados por el legislador en la norma penal; ello mismo importará diferenciar y esclarecer entre los elementos descriptivos del tipo, esto es, los hechos de la realidad material objetiva, observables por los sentidos o lógica y razonablemente deducibles, entendibles y comprensibles; y los elementos normativos que exigirán una valoración jurídica o sociocultural y, por ende, un esclarecimiento mediante un juicio analítico. Tema relevante consistirá la identificación del verbo rector y el significado del mismo que connota la acción humana de que se trate.

La tipicidad, como apunta Amado Ezaine, constituye pues una “piedra angular” del derecho penal liberal³⁸, pues no hay delito sin tipicidad. La descripción legal contenida en la norma traza brevemente un resumen de las conductas, que pueden ser activas u omisivas, que terminarán catalogadas como

32 CASTILLO ALVA, José Luis; Principios de Derecho Penal - Parte General; Ed. Gaceta Jurídica; Lima, Perú, 2000, p. 47.

33 ÍDEM, p. 33.

34 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, Parte General I, Ediciones Jurídicas; Lima, Perú, 1998, p. 455.

35 VILLA STEIN, Javier; Derecho Penal, Parte General; Ed. San Marcos, Lima, Perú, 1998, p.203.

36 MARCONE MORELLO, ob. cit., p. 1943.

37 VEGA BILLÁN, ob. cit., p. 181-182.

38 EZAINE, Amado; Diccionario Jurídico, Parte Penal II; AFA Editores importadores S.A., Lima, Perú, 1999, p. 1399.

delito. Dichas descripciones constituyen una composición de actos humanos resumidos, pues el legislador se preocupa por descartar los detalles innecesarios. Estos actos o hechos constituirían el *fumus delicti*, esto es, los síntomas de la comisión de un delito, a lo que también se llama indicios³⁹.

Cuando determinada conducta casa o encuadra en la tipicidad, esto es, en la acción humana material referida en la norma, se denomina a ello adecuación típica (*Tatbestandwässigkeit*). Por el contrario, cuando la conducta denunciada ni casa ni encuadra debidamente en la acción descrita, se dice que es atípica. Bramont Arias, citado por Ezaine, distingue entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad: “En la primera no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal; y en la segunda, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo”⁴⁰.

VIII. LA SUBSUNCIÓN PRIMORDIAL

En la labor de calificación fiscal de la *notitia criminis* y, por ello, del expediente conformado por las actas que registran las actuaciones policiales y los informes periciales y elementos probatorios, en su caso, se impone la necesidad de esclarecer dos cuestiones y, seguidamente, para aclararlas citamos a Rafael Hernández: “La *questio facti* y la *questio iuris*. La primera es la cuestión de si tuvo lugar o no un cierto suceso, por ejemplo, si el individuo **h** empujó o no al individuo **m** (aquí intervienen las teorías de la probabilidad para determinar en qué medida, a la luz de los datos incuestionables disponibles, es probable y puede darse por probado que **h** empujó a **m**). Una vez contestada esta pregunta afirmativamente, la segunda cuestión sería determinar si dicho empujón, que ocasionó la caída del individuo **m** y, a la postre, también su muerte, forma parte o no de la referencia del supuesto de hecho del enunciado jurídico penal que prevé una sanción para el homicidio; la segunda cuestión es, brevemente, si el empujón de **h** puede ser calificado con el término jurídico de “homicidio”⁴¹.

El estudio y la verificación de la tipicidad de una conducta remiten a estudiar en el tipo penal el *modus operandi* o la inactividad conductual (en los modos omisivos) que evidencia la conducta ilícita, pues todo tipo penal describe actos posibles de realizar y protagonistas de los mismos, con la fórmula “el que”, “quien”, etc.

Entendemos que la verificación de la tipicidad importará una subsunción, esto es, la práctica de una operación mental que enseña Bacigalupo como un modo de resolución de casos⁴²; pero que nosotros entendemos y aplicamos también como un engarce primordial que efectuará el fiscal de la conducta particular, específica, concreta e histórica con la previsión normativa abstracta, genérica e hipotética realizada previamente por el legislador.

Como bien sostiene Villa Stein, “la tipicidad opera entonces como *ratio cognoscendi* de la antijuricidad”⁴³; y para esclarecer luego la posible responsabilidad, quedará enfrentar el hecho dado a los posibles descargos ubicables en la teoría negativa del tipo, lo que supondrá verificar en los hechos concretos los supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho o la ausencia de alguna condición objetiva de punibilidad.

Si bien es cierto la norma pertinente indica que el juez abrirá investigación formal considerando tres requisitos, esto es, que el hecho denunciado constituya delito, que se haya individualizado a su presunto autor y que no haya prescrito la acción penal, no tiene que entenderse estrictamente que

39 CORDERO, Franco; Procedimiento Penal; Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 404.

40 ÍDEM, p. 1400.

41 HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael; ob. cit.; p. 248.

42 BACIGALUPO, Enrique; La técnica de resolución de casos penales; Ed. Colex, Madrid, España, 1995, p. 37.

43 VILLA STEIN, ob. cit., p. 203.

sólo el fiscal debe alcanzar estos tres requisitos cumplimentados y que sólo el juez deberá exhibir motivación y fundamentos en su auto inicial de investigación.

El Estado de Derecho lógicamente se corresponde con un ejercicio de facultades cuidadoso y debidamente sustentado en elementos de juicio, desterrando todo tipo de abuso o arbitrariedad. Por ello corresponde en la investigación preliminar, inclusive, abrir espacio para la contradicción, de modo que se escuche y atiendan los descargos del indiciado, y sólo se formalice denuncia ante elementos razonables, lógicos o verosímiles que vinculen una actuación humana a un ilícito penal y que por ello puedan exhibirse como fundamentos y justificación de la actuación fiscal.

Para descartar la presencia de tipicidad en una conducta será necesario tener en cuenta el tipo penal, esto es, la imagen rectora del hecho, pues para configurar una tipicidad, bastará irse colocando, necesariamente, en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo.

Marcone Morello propone el examen descarte de tipicidad siguiendo las siguientes verificaciones⁴⁴:

1. Ausencia de tipo.
2. Ausencia de calidad de sujeto activo.
3. Ausencia de calidad de sujeto pasivo.
4. Ausencia de nexo causal.
5. Ausencia de idoneidad de la conducta.
6. Ausencia de objeto.
7. Ausencia del elemento típico objetivo.
8. Ausencia de las modalidades del acto
9. Ausencia del elemento subjetivo.
10. Ausencia del elemento normativo.

IX. PRINCIPIOS LÍMITE A LA TIPICIDAD

Ahora bien, en sentido estricto, cuando se trata de analizar la tipicidad de un hecho denunciado por el fiscal, debe tenerse en cuenta que aquella está objetivamente limitada por el principio de legalidad, que como sabemos tiene diversas expresiones y que se encuentra previsto tanto en nuestra Constitución como en tratados internacionales ratificados por el Perú.

a. *Nullum crimen sine lege*

Este principio latinizado, apunta Villa Stein que se lo debemos a Anselmo Von Feuerbach, quien advertía que “las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción, pues...la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada por una ley”⁴⁵. A ello se le denominó garantía criminal y trata de cumplir una razonable exigencia de seguridad, esto es, permitir a los ciudadanos la posibilidad de conocer los delitos y las faltas y de tal modo determinar su conducta conforme a ley.

También representó un límite al gobernante, que no podría manipular la ley penal y sorprender al ciudadano atribuyéndole, arbitrariamente, la comisión de un delito. Actualmente se entiende que sólo a través de la ley dada por el poder legislativo pueden

44 MARCONE, ob. cit., p. 1944.

45 VILLA STEIN, ob. cit., p. 101.

generarse delitos; a esto se denomina principio de reserva de la ley penal, quedando claro que sólo la ley determina qué conductas constituyen delitos.

Este principio de legalidad no sólo lo encontramos en el artículo II del título preliminar del Código Penal, sino también en el artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 15 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas en general se refieren a que nadie será condenado (sancionado se dice en el título preliminar) por acto no considerado delito al momento de cometerse.

b. Nulum crimen sine previa lege

Esta reformulación del principio de legalidad acentúa el mensaje de que para sancionar penalmente es requisito la existencia anterior de una ley que tipifique el ilícito penal en concreto. Precisamente la Constitución peruana vigente en su artículo 2, inciso 24, literal d) dice: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible”.

Lo interesante es que esta norma no sólo se refiere al momento tardío de la condena, sino al inicio del procesamiento. Además exige que la figura típica aparezca expresa e inequívoca, teniendo importantes consecuencias al importar un reconocimiento a la fragmentariedad del Derecho Penal, permitiendo conceptualizar, también, la prohibición de la aplicación de la analogía. Asimismo acentúa el principio *Nulum crimen sine lege scripta*.

A decir de Edgardo Alberto Donna, este principio “es un límite que el Estado Liberal Democrático ha impuesto para garantía de los individuos, consistente en que la ley penal debe ser escrita y anterior al hecho del proceso”⁴⁶.

c. Prohibiciones que se desprenden del principio de legalidad

A consecuencia de la existencia del principio de legalidad, por lógica y razonabilidad se desprende la existencia de prohibiciones que devienen a delimitar la tipicidad. Precisamente, Castillo Alva sostiene que para mayor garantía de los ciudadanos, las prohibiciones deben figurar en la norma⁴⁷.

1) Ley previa y prohibición de la retroactividad

Edgardo Donna, respecto esta prohibición, se expresa así: “El Estado de Derecho conlleva una prohibición del efecto retroactivo de la ley penal, que es una prohibición de carácter incondicional con respecto a aquellas personas que se hallen sujetas a su poder”, y se explica ello así: “La idea esencial en que se basa este principio consiste en que “nadie debe ser sorprendido con penas por hechos suyos que, a la fecha de la realización, eran irrelevantes para el Derecho Penal”⁴⁸.

La prohibición de la retroactividad sólo se refiere a normas de derecho material, mas no así a normas de derecho procesal, siempre y cuando no afectaran los derechos y garantías del procesado. Si la nueva ley fuere más benigna, es lógico que sí podrá aplicarse a favor del justiciable.

46 DONNA, Edgardo Alberto; Teoría del delito y de la pena; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 6.

47 CASTILLO, ob. cit., p. 25.

48 DONNA, ob. cit., p. 13.

2) Ley escrita y prohibición del uso de la costumbre como ilícito

Conforme al modelo occidental continental en el que estamos, distinguiéndonos del modelo anglosajón, la ley que registra los delitos debe ser escrita y pública, siendo esta forma, la única mediante la cual es posible tipificar ilícitos. Por ende el Derecho Consuetudinario o la costumbre en particular nunca servirán para calificar la tipicidad.

3) Ley estricta y prohibición de la analogía

En tanto la ley registra las conductas consideradas indeseables y perjudiciales para con la sociedad, todo lo que no figure en aquella, valiéndose para cualquier aspecto ético-moral de las conductas, no podrá servir para tipificar un delito.

Se debe tener sumo cuidado al verificar la tipicidad, pues no debe llegar a ocurrir la situación de crearse derecho, esto es crear delitos, más allá del sentido literal posible de la norma⁴⁹.

Esto es que la subsunción supone efectuar una relación de semejanza entre el caso contenido en la norma (figura típica) y el ocurrido en la realidad como conducta humana. No puede apelarse a una apreciación personal o subjetiva “ni basarse en criterios éticos o morales, ya sean particulares o de grupo, si la conducta no se encuentra descrita previamente en la ley y sólo en ella”⁵⁰.

Roxin, citado por Donna, en este aspecto, indica que la norma penal posee una exigencia de certeza, siendo el fundamento de esto el evitar al máximo posible la indeterminación de la norma⁵¹. Cabe, finalmente, indicar, como bien anota el doctor Bramont Arias, lo siguiente: “Existe una diferencia entre interpretación (siempre permitida) y analogía (prohibida). Mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal”⁵².

Igualmente se diferencia respecto a la analogía, la interpretación extensiva y la interpretación analógica. En la primera, si bien el intérprete usa la interpretación sistemática, el caso sí está previsto en la ley, y como tal, aparece luego de las aplicaciones gramaticales y teleológicas, que la norma sí comprende el caso presentado. En la analogía -en cambio- la ley carece de voluntad de comprender el caso de que se trate.

Ahora bien, la interpretación analógica aparece porque la ley la ha previsto al no poder comprender en la fórmula típica, todas las hipótesis posibles en que el accionar humano tipifique el ilícito. Por ello Bramont indica: “La interpretación analógica se hace en virtud de un mandato de la ley, la que determina se aplique analógicamente el precepto (ejem: art. 108)”⁵³.

4) Ley estricta y prohibición de indeterminación de la ley penal

Conforme sostiene Castillo Alva, este principio “prescribe que el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando,

49 CASTILLO ALVA, ob. cit., p. 25.

50 Ídem.

51 DONNA, ob. cit., p. 18.

52 BRAMONT ARIAS, Luis y otros; Código Penal anotado, Ed. San Marcos, Lima, Perú, 1995, p. 104.

53 Ídem, p. 105.

en la medida de lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto y sus límites por parte del destinatario de las normas⁵⁴.

X. CONCLUSIONES

1. La tipicidad, en cuanto exigencia para que una acción opere como presupuesto para la imposición de un proceso y futura sanción penal, cumple la función de limitar el *ius puniendi*, por lo tanto supone una garantía para los individuos, esto es, la seguridad de que no serán perseguidos penalmente por conductas que no posean las características del tipo penal.
2. La investigación preliminar del delito tiene como objetivo proveer al fiscal de elementos indiciarios, cuando menos, para decidir respecto a la *notitia criminis* presentada; es decir, en otras palabras, servirá para que decida si formaliza denuncia o la archiva, apareciendo como piedra angular de su decisión la verificación de la tipicidad de la conducta denunciada.
3. Del estudio de la tipicidad se advierte que la investigación preliminar debe estar fundamentalmente dirigida a recoger los elementos, si los hay, que acrediten la tipicidad de la conducta desplegada por la persona denunciada, esto es, que la verificación de la tipicidad constituirá la medida de la actividad policial y fiscal durante la investigación.
4. No debe olvidarse, por otro lado, que la verificación de la tipicidad en principio orientará a efectuar constataciones físico materiales de lo externo o mensurable de la conducta humana; luego es que, mediante el debido conocimiento jurídico dogmático, deberá auscultarse la aparición o no del tipo subjetivo, efectuándose la subsunción.
5. No debe olvidarse, por otro lado, que la verificación de la tipicidad en principio hará constataciones físico-materiales de lo externo o mensurable de la conducta humana, luego es que mediante el debido conocimiento jurídico dogmático deberá auscultarse la aparición o no del tipo subjetivo.
6. Finalmente, en el análisis de la tipicidad no debe olvidarse que la Constitución y los mismos tratados internacionales a través del principio de legalidad y sus nominaciones específicas: *nulum crimen sine lege*, *nullum crimen sine previa lege* y *nullum crimen sine scripta lege*, establecen garantías, por un lado, y expresan prohibiciones, por otro, a tener estrictamente en cuenta al momento de analizar la tipicidad.

54 CASTILLO ALVA, ob. cit., p. 25