



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
**CURSO “PROBLEMAS CENTRALES DE LA TEORÍA DEL
DELITO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA
PENAL ACTUAL”**

Elaborado por el
Dr. José Antonio Caro Jhon

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas - Consejero

Dr. Pedro Gonzalo CHávarry Vallejos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dr. Ernesto Lechuga Pino - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Martín Navarro Gonzales

El presente material del Curso “Problemas Centrales de la Teoría del Delito en la Doctrina y Jurisprudencia Penal Actual”, ha sido elaborado por el Dr. José Antonio Caro Jhon para la Academia de la Magistratura, en Octubre del 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “PROBLEMAS CENTRALES DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL ACTUAL”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento - PAP
Horas Lectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	3
Especialista que elaboró el material	:	Dr. José Antonio John Caro

II. PRESENTACIÓN

En la presente asignatura se realiza un estudio de la teoría del delito, partiendo de su evolución histórica, la acción, la imputación objetiva, la imputación subjetiva, el delito de omisión, la autoría y la participación.

El alto grado de abstracción que implica un estudio dogmático de los institutos antes mencionados será compaginado con el análisis del Código penal y la experiencia práctica de la jurisprudencia penal nacional y comparada, destacando en especial la española y la alemana. De esta manera, el estudiante podrá adquirir unos conocimientos que le permitan analizar la legislación y la jurisprudencia penal, así como la resolución más satisfactoria de los casos penales.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Analiza los casos penales con un buen manejo del concepto dogmático del delito acorde a un pensamiento sistémico que toma en cuenta la realidad compleja y los aspectos multidimensionales del Derecho penal, valorando la responsabilidad y solidaridad para que cumplan con llevar a cabo los trabajos que se les encargue dentro del plazo con la mejor calidad posible y desarrollen acciones orientadas al bienestar de su entorno y la sociedad.

Capacidades Terminales:

Primera Unidad

- Conoce los fundamentos teóricos de la imputación objetiva.
- Analiza las instituciones que componen dichos casos.
- Discute el tratamiento de la teoría en la jurisprudencia.

Segunda unidad

- Reconoce la importancia del orden metodológico objetivo-subjetivo de análisis de la tipicidad.
- Analiza la problemática de los conocimientos especiales.
- Interpreta la normativa del dolo y de la culpa.

Tercera unidad

- Analiza los contenidos y diferencias del sistema de intervención de los delitos de dominio y de infracción de deber.
- Analiza las teorías que explican el fundamento de la autoría delictiva.
- Reconoce los títulos de imputación que recaen sobre el autor y el partícipe.

Cuarta unidad

- Identifica la irrelevancia de distinguir entre acción y omisión, de cara a la imputación jurídico-penal.
- Indaga, sobre la base de casos, el estudio de las diversas clases de deberes existentes.
- Analiza los delitos de omisión.

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. El adiós del dogma causal y la bienvenida de la imputación 2. El sentido normativo de la imputación 3. Institutos dogmáticos de la imputación objetiva.	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce los fundamentos teóricos de la imputación objetiva. • Analiza las instituciones que componen dichos casos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de la imputación objetiva.
Lecturas Obligatorias: <ol style="list-style-type: none"> 1) CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004. 2) JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, Grijley, Lima 1998. 		
Lecturas Complementarias: <ol style="list-style-type: none"> 1) BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Madrid 1997. 2) GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte general, 2da. ed., Jurista Editores, Lima 2012. 3) JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995. 4) ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997. 5) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima 2006. 6) VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima 2014. 		

UNIDAD II: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<ol style="list-style-type: none"> 1. Consideraciones generales. 2. Orden metodológico: la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva. 3. El carácter normativo del conocimiento penalmente imputable. 4. La irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva. 5. El dolo 6. La culpa. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia del orden metodológico objetivo-subjetivo de análisis de la tipicidad. • Analiza la problemática de los conocimientos especiales. • Interpreta la normativa del dolo y de la culpa. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de la imputación subjetiva.
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, II, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 75 ss.</p> <p>2) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1999.</p>		
<p>Lecturas Complementarias:</p> <p>1) BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Madrid 1997.</p> <p>2) GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte general, 2da. ed., Jurista Editores, Lima 2012.</p> <p>3) JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.</p> <p>4) ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.</p>		

- 5) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima 2006.
 6) VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima 2014.

UNIDAD III: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Intervención delictiva como vinculación entre sujeto y hecho.	<ul style="list-style-type: none"> Analiza los contenidos y diferencias del sistema de intervención de los delitos de dominio y de infracción de deber. Analiza las teorías que explican el fundamento de la autoría delictiva. Reconoce los títulos de imputación que recaen sobre el autor y el partícipe. 	<ul style="list-style-type: none"> Reconoce la importancia de la autoría y participación.
2. Los delitos de dominio (competencia por organización).		
3. Los delitos de infracción de deber (competencia por institución).		
4. ¿Autoría mediata en aparatos organizados de poder?		
5. Resumen.		

Lecturas Obligatorias:

- 1) JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.
 2) ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1998.

Lecturas Complementarias:

- 1) BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Madrid 1997.
 2) GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte general, 2da. ed., Jurista Editores, Lima 2012.
 3) JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la

teoría de la imputación, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.

4) ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

5) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima 2006.

6) VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima 2014.

UNIDAD IV: LOS DEBERES DE GARANTE.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Preguntas y (posibles) respuestas.	• Identifica la irrelevancia de distinguir entre acción y omisión, de cara a la imputación jurídico-penal.	• Reconoce la importancia de los deberes de garante.
2. Rol y deber jurídico: las medidas de la responsabilidad penal.		
3. Aspectos fundamentales de los delitos de omisión.	• Indaga, sobre la base de casos, el estudio de las diversas clases de deberes existentes.	
4. Perspectivas proyectadas de la omisión punible.	• Analiza los delitos de omisión.	
5. La des-ontologización del concepto de omisión.		
6. La identidad normativa de acción y omisión.		
7. La posición de garante y los deberes funcionariales.		
8. La imputación		

subjetiva común a la acción y la omisión.		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) GARCÍA CAVERO, Percy, "La posición de garante del empresario: a propósito del caso Utopía", en Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Civitas, Madrid 2005, pp. 381-400.</p> <p>2) JAKOBS, Günther, La Imputación Penal de la Acción y Omisión, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000.</p>		
<p>Lecturas Complementarias:</p> <p>1) BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Madrid 1997.</p> <p>2) GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte general, 2da. ed., Jurista Editores, Lima 2012.</p> <p>3) JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.</p> <p>4) ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.</p> <p>5) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima 2006.</p> <p>6) VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima 2014.</p>		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "Problemas Centrales de la Teoría del Delito" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por

el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal. Parte general, Presentación y anotaciones de Percy García Cavero, Ara Editores, Lima 2004.
- BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Código Penal Anotado, 4ª edición, Lima, San Marcos, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.
- CARO JOHN, José Antonio, La imputación objetiva en la participación delictiva, Grijley, Lima, 2003.

- CARO JOHN, José Antonio, Dogmática penal aplicada, Ara Editores, Lima, 2010.
- CARO JOHN, José Antonio, Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista, Ara Editores, Lima, 2010.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático, Thomson/Civitas, Madrid 2009.
- FEIJOO, Bernardo, Imputación objetiva en Derecho penal, Grijley, Lima 2002.
- FEIJOO, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, Universidad Externado de Colombia/José María Bosch Editor, Bogotá/Barcelona 2003.
- FRISCH, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid 1995.
- GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal económico. Parte General, 2ª ed., Tomo I, Grijley, Lima, 2007.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación, Comares, Granada 2005.
- HRUSCHKA, Joachim, Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, Thomas Arizandi, Navarra 2005.
- HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte general I, 3ª ed., Lima 2005.
- JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, El Derecho penal como disciplina científica, traducción de Alex van Weezel, Thomson/Civitas, Madrid 2008, *passim*.
- JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho penal, traducción y estudio preliminar de Cancio Meliá, Peñaranda Ramos y Suarez González, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2001.
- LAMPE, Ernst-Joachim, La dogmática jurídico-penal entre la ontología y el funcionalismo, edición y traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Editora Jurídica Grijley, Lima 2003.
- LESCH, Heiko, Intervención delictiva e imputación objetiva, traducción de Sánchez-Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- MARAVER GÓMEZ, Mario, El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Navarra 2009.
- MEDINA FRISANCHO, José Luis, Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal, Ara Editores, Lima, 2010.
- MEINI, Iván, El dominio de la organización en Derecho penal, Colección Derecho PUCP N° 7, Lima 2008.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 6ª edición, Ed. PPU, Barcelona, 2002.
- PARIONA ARANA, Raúl, Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación, Grijley, Lima 2009.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general, 3ª edición, completamente corregida y aumentada, Grijley, Lima, 1997.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho penal. Modernas bases dogmáticas, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Editora Jurídica Grijley, Lima 2004.
- PUPPE, Ingeborg, La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, traducción de Percy García Caverro, Editorial Comares, Granada 2001.
- REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, Editorial Temis, Bogotá 1994.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2003.
- ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, Madrid 2000.
- ROXIN, Claus, Problemas actuales de dogmática penal, Ara, Lima 2004.
- ROXIN, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima 2007.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Grijley, Lima 2005.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Estudios de Derecho penal, Grijley, Lima 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Estudios sobre los delitos de omisión, Grijley, Lima 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, José María Bosch Editor, Barcelona 1992.
- STRATENWERTH, Günter, Derecho penal. Parte general. El hecho punible, 4ª ed., trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires 2005.
- VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, 3ª ed. aumentada y actualizada, Grijley, Lima 2008.
- VILLAVICENCIO T., Felipe, Derecho penal. Parte general, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006.
- WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducción de Juan Bustos y Sergio Yañez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Problemas Centrales de la Teoría del Delito” en el marco de actividades del Programa de Actualización y Perfeccionamiento - PAP. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en cuatro unidades con los siguientes ejes temáticos: La imputación objetiva, la imputación subjetiva, autoría y participación, y los deberes de garante.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir e identificar los problemas centrales de la teoría del delito en la doctrina y jurisprudencia penal actual acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

En la presente asignatura se realiza un estudio de la teoría del delito, partiendo de su evolución histórica, la acción, la imputación objetiva, la imputación subjetiva, el delito de omisión, la autoría y la participación.

El alto grado de abstracción que implica un estudio dogmático de los institutos antes mencionados será compaginado con el análisis del Código penal y la experiencia práctica de la jurisprudencia penal nacional y comparada, destacando en especial la española y la alemana. De esta manera, el estudiante podrá adquirir unos conocimientos que le permitan analizar la legislación y la jurisprudencia penal, así como la resolución más satisfactoria de los casos penales.

Lima, octubre de 2016

INDICE

Presentación.....	14
Introducción.....	15
UNIDAD I: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	18
Presentación y Preguntas Guía.....	19
1. EL ADIÓS DEL DOGMA CAUSAL Y LA BIENVENIDA DE LA IMPUTACIÓN.....	20
2. EL SENTIDO NORMATIVO DE LA IMPUTACIÓN.....	23
3. INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	25
4. INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	52
Autoevaluación.....	63
Lecturas obligatorias.....	64
UNIDAD II: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA.....	65
Presentación y Preguntas Guía.....	66
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	67
2. CONSIDERACIONES GENERALES.....	68
3. EL CARÁCTER NORMATIVO DEL CONOCIMIENTO PENALMENTE IMPUTABLE.....	71
4. LA IRRELEVANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES PARA LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA.....	75
5. EL DOLO.....	80
6. LA CULPA.....	91
Autoevaluación.....	97
Lecturas obligatorias.....	98
UNIDAD III: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	99
Presentación y Preguntas Guía.....	100

1. INTERVENCIÓN DELICTIVA COMO VINCULACIÓN ENTRE SUJETO Y HECHO.....	101
2. LOS DELITOS DE DOMINIO (COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN).....	120
3. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (COMPETENCIA POR INSTITUCIÓN).....	122
4. ¿AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER?.....	139
5. Resumen.....	142
Autoevaluación.....	144
Lecturas obligatorias.....	145
UNIDAD IV: LOS DEBERES DE GARANTE.....	146
Presentación y Preguntas Guía.....	147
1. PREGUNTAS Y (POSIBLES) RESPUESTAS.....	148
2. ROL Y DEBER JURÍDICO: LAS MEDIDAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	149
3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LOS DELITOS DE OMISIÓN.....	152
4. PERSPECTIVAS PROYECTADAS DE LA OMISIÓN PUNIBLE.....	155
5. LA DES-ONTOLOGIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN.....	157
6. LA IDENTIDAD NORMATIVA DE ACCIÓN Y OMISIÓN.....	163
7. LA POSICIÓN DE GARANTE Y LOS DEBERES FUNCIONARIALES.....	166
8. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA COMÚN A LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN.....	168
Autoevaluación.....	171
Lecturas obligatorias.....	172

UNIDAD I

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

PRESENTACIÓN

En la presente unidad se abordará el instituto dogmático de la imputación objetiva. En la medida que casi todos los casos penales son resueltos por un examen del tipo objetivo, el estudio del instituto dogmático en mención adquiere una significativa importancia. Sus contornos se ido delineando gracias a los aportes dogmáticos de las distintas escuelas del Derecho penal, desde el causalismo hasta el funcionalismo, dejando profundas huellas en la práctica judicial.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es la imputación objetiva?
2. ¿Cuáles son las instituciones que la componen?
3. ¿Cómo ha venido abordando la jurisprudencia esta teoría?

1. EL ADIÓS DEL DOGMA CAUSAL Y LA BIENVENIDA DE LA IMPUTACIÓN.

La causalidad es irrelevante para determinar el carácter *típico* de una conducta. Sin embargo, durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación de un *nexo causal* entre la acción y el resultado¹. De este modo la fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación, de tal manera que el resultado causal era considerado idénticamente como un resultado típico. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior.

Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se aprecia en el denominado “caso del burdel”²:

El regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo. Pero junto a él también fue hallado responsable un vendedor de vino, como cómplice del mismo ilícito penal, bajo la consideración que el vino había incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar. Según la valoración judicial “la actividad de reparto del vendedor de vino se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel”, teniéndose en cuenta además que el funcionamiento clandestino del burdel era una actividad “conocida” por el vendedor de vino.

El fundamento del castigo de la complicidad se basó en la comprobación del nexo causal entre la conducta y el resultado. En el trasfondo de la valoración estuvo el esquema mental de la fórmula *conditio sine qua non*, esto es, si él no hubiese repartido vino al burdel, no se habría incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar, por lo que el ingreso de vino al burdel favoreció el funcionamiento exitoso del negocio clandestino. La imputación al tipo objetivo dependió únicamente de la pura fenomenología naturalista de los hechos. A ello se añadió el conocimiento por parte del vendedor: su obrar fue doloso porque sabía que el burdel era clandestino.

Una imputación típica basada en la comprobación de la fenomenología externa de la acción y en el conocimiento psíquico del fenómeno responde al pensamiento del *dogma causal* arraigado en la dogmática jurídico-penal en el

¹ Cfr. VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlin/Leipzig, 1919, § 28; BELING, Ernst, *Gründzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Tübingen 1902, p. 38; RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904 (aquí citado según la recopilación de su obra completa por Arthur Kaufmann, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el título Gesamtausgabe, t. 7, Strafrecht I, volumen coordinado por Monika Frommel, Heidelberg 1995) pp. 118 ss. Una magnífica exposición de la teoría del *nexo causal* que muestra su contenido y “desarrollo tan impetuoso como sujeto a cambios” puede verse en MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I., traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, pp. 220-228.

² Este caso fue resuelto por el Tribunal del Imperio alemán —Corte Suprema— el 14 de junio de 1906, véase RGSt 39, pp. 44 ss.

último tercio del S. XIX desde la incursión de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el Derecho penal, notándose su presencia posteriormente con diferentes matices en los distintos sistemas de la teoría del delito; desde el sistema *clásico*, luego en el sistema *neoclásico*, inclusive hasta en el sistema *finalista*. Bajo este esquema de interpretación no caben las consideraciones normativas dentro del juicio de valoración. No cabe preguntar, por ejemplo, en el presente caso cuál es el ámbito de competencia del vendedor de vino. Puede darse el caso desde otra perspectiva —con independencia de la causalidad desplegada por él y el conocimiento de la misma— que la conducta reúna el significado normativo de un obrar conforme a un rol socialmente estereotipado. Pero esta es una cuestión solamente comprensible dentro de un modelo *normativista* del Derecho penal, cuyas particularidades serán desarrolladas en los siguientes apartados del presente capítulo.

En síntesis, el *dogma causal* sintetiza la imputación típica de una conducta a partir de la fórmula general “causalidad + dolo = responsabilidad”³.

No obstante que el modelo de imputación basado en el *dogma causal* parece estar superado, no es infrecuente encontrar en la praxis judicial de nuestros días todavía resoluciones que sorprendentemente plasman este esquema de interpretación. Probablemente con una terminología diferente, pero reproduciendo en esencia el contenido y estructura del concepto, el pensamiento del *dogma causal* no ha sido abandonado del todo. Esto se puede ver en el “caso de la cocinera”⁴, donde una mujer, por haber preparado la comida para su esposo (un narcotraficante) y los trabajadores de éste, fue condenada como coautora de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado mediante actos de fabricación (arts. 296 y 297.6 CP) a trece años de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, en vía de recurso de nulidad, la Corte Suprema de Justicia absolvió a la cocinera de los cargos imputados en su contra con la siguiente fundamentación:

“(…) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a su coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin

³ LESCH, Heiko Harmut, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland”, en JR 2001, p. 384.

⁴ Cfr. la sentencia dictada por la Sala Penal Liquidadora de Puno en el Exp. 01039-2009, de fecha 22 de julio de 2011 en cuyo Considerando Sexto (Hechos imputados) concreta la imputación contra la sentenciada del modo siguiente: “los procesados V.M.LI. [esposo de la cocinera] y R.M.C [empleado del primero] dirigían el proceso de elaboración de la droga ilícita y la procesada J.C.C. [cocinera] proveía de alimentación para los demás procesados”.

embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra (véase CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Ara Editores, Lima 2010, páginas noventa y uno a ciento catorce)”⁵.

Como la imputación se basó únicamente en “haber proveído alimentación a sus coprocesados” y las pruebas obrantes en el expediente no desvirtuaron la práctica social adecuada al estereotipo de lo que atañe desempeñar cotidianamente a una cocinera, el pronunciamiento judicial resaltó que no había razón para condenar a una persona cuando en el contexto social determinado su obrar no desborda los límites del estándar de conducta de dicho segmento social. Pero esta es una solución *normativa*, completamente opuesta a la del *dogma causal* que envió directamente a la cárcel a la cocinera por la causación fenomenológica que originó al alimentar a unos narcotraficantes sin tomar en consideración que reúne el mismo significado (atípico) para el Derecho penal el dar de comer a unos narcotraficantes como a cualquier otra persona porque el estereotipo social de “cocinar” no forma parte del alcance del tipo penal de promoción o favorecimiento al narcotráfico de drogas.

Habrá un definitivo adiós del dogma causal si la relevancia delictiva de una conducta no es buscada en la fenomenología del proceso causal externo, ni en el contenido psico-biológico de la acción, sino en el *significado de antinormatividad* que la misma comunica en un contexto social determinado como el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal⁶. El Código penal ya contempla esta situación en el art. 20, inc. 8 al liberar de responsabilidad a quien “obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Con ello, el propio Derecho penal envía el mensaje a la sociedad que la responsabilidad penal sólo se fundamenta en la comprobación que la conducta en un contexto

⁵ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno (ponente VILLA STEIN), de fecha 14 de septiembre de 2012, fundamento 3.6.

⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 12, 29 ss.

social concreto se aparta de lo dispuesto por la ley, quebranta un deber determinado, extralimita los contornos del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. No estamos ante una causa de justificación, sino ante una causa de exclusión de la tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva⁷. La conducta practicada nunca alcanzará un significado *típico* cuando reúna el sentido de un obrar conforme a la ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo.

De esta manera no es imputable al tipo objetivo la conducta que en un determinado contexto social no se aparta del ámbito de competencia personal delineado por un rol estereotipado. Quien obra conforme a un rol no realiza una conducta penalmente relevante, no cruza la frontera del riesgo permitido. Mientras el obrar no exceda los límites marcados por el rol, rige la garantía de no responder por la causalidad generada por dicho obrar. Aplicado a los casos del vendedor de vinos y de la cocinera: ambos no realizan conducta típica alguna porque su obrar es acorde a un oficio socialmente estereotipado. Es irrelevante que el vino haya causado el incremento de parroquianos al burdel, es indiferente que la comida les haya dado más fuerza a los narcotraficantes para hacer un mejor negocio de tráfico ilícito de droga, tampoco importa que el vendedor haya sabido que el burdel era clandestino y que la cocinera supiera que alimentaba a unos narcotraficantes. Sencillamente ni por vender vino, ni por cocinar, ambas personas quebrantan deber alguno, ni exceden los límites de un oficio y del ejercicio legítimo de un derecho, según lo contemplado por el art. 20, inc. 8 CP.

Siendo esto así, sólo queda darle un fuerte ¡adiós! al dogma causal.

2. EL SENTIDO NORMATIVO DE LA IMPUTACIÓN.

A diferencia del dogma causal, en virtud de la imputación objetiva toda conducta puede ser declarada típicamente relevante sólo por su *significado antinormativo*, y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta, ni por la representación psíquica que pudiera tener el actuante sobre el hecho.

⁷ En este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, pp. 336: “En la ciencia penal peruana es mayoritaria la opinión que esta es una causa de justificación [el cumplimiento de deberes de función o profesión]. Sin embargo, consideramos que es un supuesto de *ausencia de imputación objetiva (atipicidad)*” (subrayado en el original).

La imputación jurídico-penal presenta un carácter poliédrico⁸ que engloba varias perspectivas que resultan, todas ellas, imprescindibles para perfilar la figura a cabalidad:

- La imputación es *normativa*, por cuanto presupone la infracción de un deber.
- La imputación es *personal*, porque llena su contenido con el quebrantamiento de un rol o extralimitación de una esfera de competencia personal del sujeto.
- La imputación es *social*, pues exige la defraudación de una expectativa normativa vigente en la sociedad.
- La imputación es *valorativa*, en tanto atribuye a la conducta un significado socio-normativo comunicativamente estabilizador.

Únicamente si concurren todas las perspectivas mencionadas al mismo tiempo puede hablarse propiamente de imputación desde una perspectiva jurídico-penal. Imputación es siempre sinónimo de sentido socio-normativo, de manera que mientras el delito niega o contrarresta ese sentido, la imputación restaura o reafirma el sentido socio-normativo válido de una determinada conducta.

Desde el punto de vista normativo, en el ámbito de la tipicidad no es posible separar el hecho en su pureza fáctica de un hecho dotado de sentido jurídico, concebido como *hecho típico*. No se trata de conceptos que puedan existir por separado, ya que para el tipo penal el *hecho meramente fáctico* no comunica absolutamente nada frente a la vigencia de una norma. Como señala JAKOBS: “así como del sentido no se deriva naturaleza, de la naturaleza tampoco se deriva sentido”⁹. Esta cuestión es graficada por TARUFFO al referirse a los hechos empíricos como *hechos brutos (Tatsache)* que en sí mismos sólo son pura naturaleza; estos hechos sólo adquieren significado jurídico cuando se ordenan como *hechos típicos (Sachverhalt)* acogidos por la norma¹⁰. Es por esta razón que el único hecho con relevancia jurídico-penal es el hecho típico o “hecho

⁸ Sobre ello, POLAINO-ORTS, Miguel, “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista”, en MIRÓ LLINARES, FERNANDO / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, ARA Editores, Lima 2010, p. 73.

⁹ JAKOBS, Günther, “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en *GA* 1996, p. 258.

¹⁰ Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid 2009, p. 100 s.

objeto de imputación”¹¹ sintetizado en el obrar que excede los límites de un rol determinado.

En síntesis: un hecho delictivo es, precisamente, delictivo en la medida que reúne el significado del quebrantamiento de un rol.

3. INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Lo acabado de explicar es canalizado por la dogmática en institutos que establecen un sistema de conceptos útiles para la cabal comprensión y aplicación práctica de la imputación objetiva. Estos institutos dogmáticos son cuatro, a saber: a) el riesgo permitido, b) la prohibición de regreso, y c) la imputación a la víctima.

El *riesgo permitido* delimita normativamente los contornos de la libertad de actuación de la persona en la sociedad. Constituye en este sentido un pilar fundamental del rol de toda persona el deber de eliminar aquello que represente un riesgo de lesión para el otro¹². Este deber está plasmado en normas que, según el ámbito o segmento social al que pertenece la persona, fijan el haz de derechos y deberes (el rol) que le es permitido y prohibido realizar. Es indiferente si la persona quebranta su rol mediante acción u omisión, si aumenta o disminuye el riesgo, toda vez que si cabe diferenciar acción y omisión, así como aumento o disminución de riesgos, todo ello es posible únicamente en el mundo de la fenomenología causal-naturalista. Lo relevante es el significado normativo que comunica la conducta en un contexto social determinado; el significado será de un riesgo permitido cuando exprese el sentido adaptación al rol socialmente estereotipado de la persona en el sector parcial de la sociedad donde ejercita su acción.

La *prohibición de regreso* es la aplicación concreta del riesgo permitido al ámbito de una intervención plural de personas en un hecho con el efecto de excluir la participación delictiva de quien obra conforme a su rol. Así, por más que la aportación brindada por una persona a un tercero es utilizada por éste de modo delictivo, la aportación no alcanzará el sentido de una participación (ni a título de complicidad ni de instigación) cuando sea practicada como parte del ejercicio de un rol. Por ejemplo, rige la prohibición de regreso a favor del chofer de un autobús (se excluye su complicidad) por haberse limitado únicamente a conducir el vehículo, no obstante que en la maletera se halló droga camuflada.

La *imputación a la víctima* pone de relieve que el hecho susceptible de imputación no atañe únicamente al autor, sino también puede ser

¹¹ Aporta una interesante conceptualización del “hecho objeto de imputación” desde una perspectiva a la que el autor denomina “concepto funcional de hecho”, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima 2005, pp. 338 ss.

¹² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p. 26.

imputado al ámbito de competencia de la propia víctima, sobre todo cuando ella configura una situación de riesgo propio. Allí donde se encuentran el autor y la víctima, actuando ambos de manera riesgosa, y vulnerando la víctima especialmente sus deberes de autoprotección, el resultado no puede ser imputado al autor por constituir el hecho un claro ejemplo de una autolesión y no de una heterolesión. Por lo mismo, la imputación recae de modo preferente sobre la esfera de competencia de la propia víctima¹³.

Los institutos dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva tienen una aplicación creciente en la jurisprudencia penal nacional. Sólo a título de ejemplo puede verse en este lugar el “caso Botito-Hot Box”¹⁴ con el siguiente desarrollo conceptual:

“La moderna doctrina viene desarrollando la denominada teoría de la imputación objetiva como el fundamento de la nueva teoría del tipo penal. En la sociedad se producen a cada instante contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad. El segundo es el riesgo no permitido, entendido como aquella trasgresión del rol normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal (v.gr. ley de protección al consumidor, reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado, *lex artis*, en la construcción, en la actividad médica, etc.). De ello se concluye que la creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. La imputación objetiva es aquella teoría que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que ésta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1.- el riesgo no permitido (ya desarrollado); 2.- el principio de confianza, 3.- la prohibición de regreso y 4.- competencia de la víctima. Para comprender la resolución del presente caso debo de manifestar que para determinar la competencia de la víctima se necesita que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor y que el

¹³ A profundidad sobre estas cuestiones, la magnífica obra pionera de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1998, pp. 282 ss., y *passim*; cfr. también el trabajo de MEDINA FRISANCHO, José Luis, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal. Una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 353 ss., con un riguroso estudio de este instituto dogmático aplicado a una problemática concreta de la eutanasia en el Derecho penal nacional.

¹⁴ Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006, Considerando Quinto. Véase el texto completo de la sentencia en el interesante comentario de la misma por VINELLI VERAU, Renzo Antonio, “La determinación del engaño típico en el delito de estafa. El caso Botito-Hot Box”, en *JuS Jurisprudencia* 2/2007, pp. 127-136.

autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima (...)”.

3.1. El riesgo permitido

a. Contenido

El riesgo permitido es el estado normal vigencia de normas en una sociedad. Cuando las normas rigen ininterrumpidamente es porque la interacción social se desenvuelve conforme a un riesgo permitido, que viene a ser lo mismo que el reconocimiento de un *status quo* de interacción social donde las personas se comportan amoldando correctamente sus conductas al rol que les compete desempeñar en el contexto social donde desarrollan su personalidad.

En el desarrollo de la interacción social existen determinadas formas de comportamiento que desde un principio están abarcadas por los tipos penales. Nos referimos a las *conductas típicas* que sintetizan una determinada forma de actuación desaprobada por la sociedad. Por ejemplo, está desaprobada la conducta típica de apropiación de los bienes del Estado (peculado), privar de la libertad sin el consentimiento de la persona (secuestro), eludir el control aduanero (contrabando), etc. Pero también existe otro grupo de conductas que intrínsecamente se muestran como arriesgadas, que, a pesar de significar un peligro para los demás, no están incluidas por los tipos penales porque su incriminación significaría una limitación intolerable de la libertad de actuación¹⁵; por ejemplo: conducir vehículos por la ciudad con el riesgo de ocasionar atropellos; transportar insumos químicos como mercurio, cianuro de potasio y cianuro de sodio para las minas con el riesgo de ocasionar un accidente y contaminar el medio ambiente; etc. Como quiera que cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso actuando las personas de buena fe¹⁶, es posible contagiar alguna enfermedad mediante un apretón de manos, transmitir alguna enfermedad venérea mediante una relación sexual, intoxicar a alguien sirviéndole la comida o bebida, dejar a alguien con un daño cerebral grave en el boxeo, igualmente no es improbable acabar golpeado por un ladrillo al pasar por debajo de un edificio en construcción, etc. Lo importante a resaltar es que no está prohibido jurídicamente *per se* practicar las conductas antes descritas. Por ello las conductas realizadas en este marco están comprendidas dentro de lo socialmente adecuado, y, técnicamente, bajo la formulación dogmática del *riesgo permitido*. Sería absurdo -además de imposible- que el ordenamiento

¹⁵ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana”, en *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP) N° 60, Lima 2007, p. 257.

¹⁶ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 41 ss.

jurídico prohibiera toda situación riesgosa para librar a las personas de todos los peligros posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”¹⁷, está cubierta por el riesgo permitido.

En la cuestión metodológica se debe precisar que la ubicación sistemática del riesgo permitido es en la tipicidad. La terminología de un riesgo “permitido” puede generar el malentendido de referirse a un ámbito de *permisiones* en el sentido de una causa de justificación. Sin embargo, esto no es así, porque toda causa de justificación requiere de un contexto excepcional o de una “situación de necesidad”, mientras que el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal de interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno¹⁸. Como se anotó al comienzo de este apartado, el ámbito de lo denominado como riesgo permitido está cubierto por el estado normal de vigencia de normas en la sociedad, mejor dicho, por situaciones que la sociedad tolera por considerarlas adecuadas a su configuración de manera consustancial.

En la línea de lo expuesto, la jurisprudencia aporta los siguientes conceptos:

“(…) En la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el *riesgo permitido*, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida, (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el *riesgo no permitido*, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol”¹⁹.

b. Concreción del riesgo permitido

El riesgo permitido se concreta mediante normas. Las normas del riesgo permitido sirven para delinear los ámbitos de competencia de las personas y para concretar el sentido comunicativo de los tipos penales, pero nunca para crear tipos penales. Esto es evidente, toda vez que, en virtud del principio de

¹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza 2004, p. 72.

¹⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 46.

¹⁹ Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006, Considerando Quinto.

legalidad, sólo mediante una ley penal pueden ser creados los tipos y las sanciones penales respectivas.

Encontrándose configurado mediante normas, el riesgo permitido no es un concepto unitario ni rige por igual para toda la sociedad; todo lo contrario, el riesgo permitido adquiere sentido y rige en función de segmentos o subsistemas parciales de la sociedad. El modo en que concreta su vigencia es mediante cuatro grupos de normas: a) En primer lugar está la *norma general*, del propio Código penal; b) en segundo lugar se encuentran las *normas especiales*, a las que se llega mediante una remisión extrapenal, por ejemplo, la ley medioambiental, la ley tributaria, aquí se ubican también los MOFs y ROFs que delimitan los ámbitos de competencia de los funcionarios y servidores públicos; c) en tercer lugar se ubican las normas de la *lex artis*, que concretan los límites de actuación de las profesiones y se plasman en protocolos, normas deontológicas de los colegios profesionales, y d) en último lugar están las *normas del estándar de conducta*, que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios en cuyo estereotipo social delinearán ámbitos de competencia, como sucede con el oficio del taxista, del albañil, del panadero, etc.

Un ejemplo de concreción del riesgo permitido puede verse en la modalidad básica del homicidio culposo (art. 111 CP), cuyo tenor legal establece “*el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)*”. El tipo penal en este caso sintetiza en su configuración como pauta de conducta la expectativa social que nadie prive el derecho a vivir de los demás de una manera imprudente, bajo la conminación de una sanción penal. Pero, estando diseñada la expectativa de este modo, ella alude únicamente a un esperar genérico de conducta necesitado de concreción vinculado a un contexto social determinado para no quedar reducida a una mera descripción in abstracto de una conducta típica. Precisamente, como ejemplo de concreción pueden darse tres situaciones que ilustran cómo la expectativa de conducta del art. 111 CP puede ser objeto de concreción distinta según el segmento social donde acontece el hecho:

a) Si la muerte por culpa ocurre en una carretera como consecuencia de un atropello vehicular, la *ley de tránsito* servirá de referente normativo para establecer los ámbitos de competencia que atañe observar en dicho contexto social tanto al chofer como al peatón.

b) Pero, si la muerte por culpa acontece en el quirófano de una clínica, los protocolos de la *lex artis* aportarán los criterios determinantes para esclarecer si la operación quirúrgica se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido o si lo transgredió;

c) Si, en cambio, la muerte se produce en el sector de la construcción como consecuencia de la caída de un albañil del quinto piso de un edificio sometido a obras, serán las *normas de seguridad* de la construcción y de *seguridad en el trabajo* las que aportarán las pautas de valoración para establecer si el resultado se produjo dentro del riesgo permitido o si lo superó.

El ejemplo anterior muestra cómo el riesgo permitido personifica los límites concretos de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial de la sociedad donde desarrolle su personalidad. Esto quiere decir que es necesario identificar en el caso concreto cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia (el rol) de la persona para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo *típico* o no.

A esto se refiere la jurisprudencia penal de la Corte Suprema cuando precisa el concepto enfatizando lo siguiente:

“(…) el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”²⁰.

En el campo de los delitos contra la función pública la determinación de los contornos del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del funcionario público. Con independencia de las particularidades del tipo penal, siempre que se trate de una conducta imputable a un funcionario público, la determinación de los límites del riesgo permitido tomará en cuenta necesariamente el estatus y competencias del funcionario. Si la posición que ocupa en la estructura jerárquica de la empresa estatal -p. ej. SEDAPAL- es la de Gerente General, para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidades de este segmento en la estructura

²⁰ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

empresarial, sirviendo a este respecto el *Manual de Organización y Funciones* (el MOF). Esta normatividad permitirá diferenciar al mismo tiempo los diversos niveles de competencias de las demás gerencias, de los jefes de equipos, jefes de proyectos, etc.

Existen asimismo dos pronunciamientos judiciales donde se puede ver de manera clara la aplicación de estos fundamentos:

“(…) la intervención de los encausados en los hechos se infiere -además de las imputaciones que se realizan entre sí- del estatus y las funciones específicas que desempeñaban en la organización municipal, y su trascendencia deriva de la lógica necesidad de la contribución (infractora de sus deberes especiales) de cada uno, en su respectivo ámbito de actuación, para la viabilizar la perpetración del delito incriminado (...) peculado de uso”²¹.

“La condición de funcionario público no acompaña a la persona en todos los ámbitos de su interacción social, pues, las garantías normativas que el derecho establece se adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Éstos roles son llevados a cabo en determinado contexto, mas no todo el tiempo; en consecuencia, se colige que los encausados se desempeñaron como funcionarios públicos en los distintos ministerios; sin embargo, ese rol especial (por contener deberes positivos) es distinto al rol que desempeñaron en la entidad agraviada (los mismos que instauran deberes negativos), lo que implica que los encausados estarían imposibilitados de configurar (como autores) los delitos contra la administración pública -al desempeñarse como integrantes del Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador- pues, los delitos referidos no sólo exigen la calidad de funcionario público, sino, también la trasgresión de deberes positivos originados por una competencia institucional”²².

En esencia, los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. El funcionario público superará el límite del riesgo permitido cuando exceda los límites del rol que desempeña dentro de la estructura funcional. Esos límites están contenidos en normas especiales, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se

²¹ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 349-2007-Lambayeque, de 13 de junio de 1998, Considerando Sexto. Véase el texto completo en URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima 2011, pp. 14 -17.

²² CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal. Definiciones y conceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal extraídos de la jurisprudencia*, Grijley, Lima 2007, p. 309 s., con referencias al Exp. N° 1050-06, resolución de 13 de marzo de 2007, 3ª Sala Penal de Lima para Procesos con Reos Libres.

circunscriba al ámbito de competencia transgredido concretamente en el ejercicio de la función.

c. El rol como base de imputación

Si el hecho típico reúne el sentido de quebrantamiento de un rol quiere decir que la imputación es el reverso del cumplimiento del rol. El ejercicio del rol personal determina que el sujeto debe cumplir la expectativa social, y, por tanto, ser respetuoso con la norma. El reverso, esto es, la infracción de la norma o lesión de un deber, determina el apartamiento del rol por parte del sujeto, y por ello la defraudación de la expectativa social. La imputación penal representa así la desviación antinormativa de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada rol.

Esta cuestión es reconocida en la práctica judicial del modo siguiente:

“(…) Que, el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables” (cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Grijley, Lima, 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador”²³

“(…) Los tipos penales prohíben (ya sea por comisión o por omisión) la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, por lo que castiga todo comportamiento que tiene un sentido lesivo o que favorezca la producción de ese resultado; que, sin embargo, en una sociedad altamente complejizada cada uno de sus miembros portan roles, tales como rol de policía, profesor, juez, constructor, chofer, etcétera, y en la medida en que los portadores de dichos roles se mantengan en ella sus conductas no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos; que, en estos supuestos, nos encontramos ante conductas neutrales o cotidianas, las cuales mientras se mantengan dentro de su rol no tendrán relevancia penal”²⁴.

²³ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ), Considerando Único. Véase asimismo el Exp. N° 142-06, de fecha 2 de abril de 2007, 3ra. Sala Penal Superior con Reos Libres: “El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga – chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido”. La cita ha sido tomada de CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 309.

²⁴ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009-Amazonas (ponente SANTA MARÍA MORILLO), de fecha 22 de octubre de 2010, considerando tercero.

“(…) El acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple”²⁵.

El rol sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad²⁶. En términos jurídico-penales, el rol fija una posición jurídica, una posición de deber, un estatus jurídico, una titularidad de derechos y deberes, un ámbito de competencia personal del que todo interactor es portador dentro de la sociedad, y de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad.

Entre los roles pueden diferenciarse dos clases:

a) En primer lugar está el rol general de *persona*, que aporta el fundamento de la responsabilidad por la lesión de los límites generales de la libertad. Ningún actor social puede sustraerse a este rol porque constituye la posición de deber más general por cumplir, para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. Este rol está configurado sobre la base de una relación jurídica “negativa”, del *neminem laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: “no dañes a los demás”, y que el filósofo HEGEL lo resume magistralmente en su sentencia “sé persona y respeta a los demás como personas”²⁷. El ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales, por lo que para SÁNCHEZ-VERA el mandato jurídico “‘sé una persona’ obliga a superar toda individualidad. Los otros no son ‘respetados’ en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata,

²⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima, de 22 de diciembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO), considerando séptimo -declarado precedente vinculante en la parte in fine de misma ejecutoria-, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 134.

²⁶ Cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15ª ed., Opladen 1977, pp. 32 y ss.; LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen 1987, pp. 86 ss.

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes Hoffmeister que incluye las anotaciones del propio Hegel en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlín 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.

pues, del concepto ‘persona’ como concepto fundamental del ‘Derecho abstracto’ o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos (...). El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia”²⁸. Por esta razón, el cumplimiento de este rol general garantiza la vigencia de una relación social entre personas, donde los interactuantes sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

b) En segundo lugar se encuentra el rol especial, que concretiza el rol general en el segmento parcial de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un *status* especial. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público, de los padres respecto a sus hijos, de los cónyuges entre sí. El titular de este rol, en virtud del *status* especial, tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un “ámbito común”²⁹.

La jurisprudencia nacional entiende a este respecto que el quebrantamiento del rol especial no da lugar a “un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laede*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional”³⁰.

El rol reúne tres características inherentes a su configuración, a saber:

²⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, p. 413 s.

²⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p.67.

³⁰ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de junio de 2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero. En idéntico sentido, véase también el R.N. N° 1335-2009, de 10 de agosto de 2010 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero.

a) El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social —por ejemplo, un juez penal—, a él se le identifica por el papel que representa y no por su individualidad. Que en su mundo privado él sea mal esposo, cristiano, apostador, etc., es irrelevante, puesto que lo único válido y de interés para la sociedad es que él cumpla su deber a cabalidad, resolviendo las causas con objetividad e imparcialidad, que la duda razonable es de la culpabilidad y no de la inocencia del inculgado, etc.

b) El rol delimita los ámbitos de competencia personales que caracterizan la posición del actuante en los contactos sociales; así es posible distinguir fácilmente los deberes y derechos. Por ejemplo: las funciones que conciernen a las gerencias de una municipalidad son diferentes. No es asunto del gerente financiero lo que compete al gerente legal, ni al gerente de servicios a la ciudad, ni a las distintas subgerencias. Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones, de manera que no todos los funcionarios ediles son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social.

c) El rol establece una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su ámbito de competencia personal. Significa que los conocimientos psíquicos o conocimientos excedentes al rol son irrelevantes para el Derecho penal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce que “el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno”³¹.

El rol se configura de esta manera como un concepto sustraído a la individualidad del ser humano porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a personas que actúen en algún status, sea general o especial. Si las expectativas tuvieran que referirse a la individualidad, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones individuales, con los que no se puede entablar una comunicación estandarizada en la sociedad.

La individualidad es para el Derecho penal mera subjetividad, es decir, irrelevante por completo para sustentar una imputación. La práctica jurisprudencial lo reconoce así:

³¹ Este es el conocido “caso hoja de coca”, R.N. Nº 552-2004-Puno, de fecha 25 de noviembre de 2004, Considerando Tercero. Véase el texto de la ejecutoria en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006, p. 501.

“(…) la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada (...) se encuentra acorde a Ley”³²

Frente a la individualidad los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano, en sí mismas inabarcables. El rol es la tarjeta de presentación del individuo que, de una parte, lo habilita como un actor social, como una persona en Derecho y, de otra, que le permite distinguirlo en una determinada posición de deber, delimitando su libertad de acción jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera del titular del rol en su posición de deber, llámese taxista, policía, farmacéutico, notario, etc. Imaginemos nomás qué pasaría si el administrador de una Municipalidad al desempeñar sus funciones tuviera que involucrar su vida privada con su trabajo. No es difícil imaginar que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura edil porque sencillamente la función pública no opera de esa manera.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables y exigibles de cumplir únicamente en el sector social donde ejerce su fuerza comunicativa. Por ejemplo: el juez penal es lo que es en ese papel únicamente mientras desarrolla su actividad en el horario de despacho judicial, debiendo cumplir expectativas normativas atribuidas al ejercicio de ese cargo. Sin duda no deja de ser juez (en un plano formal) en la noche cuando va al cine acompañado a disfrutar de una película romántica, pero está privado (en un plano funcional) de ejercitar el cargo porque en dicho contexto su rol no desempeña fuerza comunicativa alguna. Si casualmente se encuentra con un procesado a quien en la mañana de ese mismo día debió leerle la sentencia, acto al que éste no concurrió maliciosamente, y, por muy empeñado que el juez se encuentre de leérsela allí mismo por tener todavía la sentencia en su maletín, con la lectura y el sonar de la campana sólo haría el ridículo puesto que la función judicial tiene validez propiamente circunscrito a un horario de despacho judicial. La condición de titular de un rol obliga a la persona que la ostenta a comportarse de acuerdo a los deberes y derechos inherentes a esa posición de deber en la sociedad. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

En suma, sólo la infracción de los deberes pertenecientes a la posición jurídica o posición de deber que fija un rol fundamenta una responsabilidad penal. Por el

³² Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO), Considerando Cuarto.

contrario, el obrar correctamente en el marco de un rol, equivale a estar protegido por un paraguas frente a la lluvia de las imputaciones. El espacio en seco procurado por el paraguas garantiza al portador del rol una zona de libertad con la absoluta seguridad de nunca responder por las consecuencias que pudieran surgir de la administración correcta de esa libertad. El comportamiento que reúna semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido o de una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal³³.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia penal donde se plasma lo acabado de decir se encuentra en el “caso del transportista”:

“(…) el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado R.A.Q. radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”³⁴.

3. 2. El principio de confianza.

El papel del principio de confianza es de contribuir a una mejor demarcación de los límites del riesgo permitido, por lo que se le cuenta como un criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Quien actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol puede confiar razonablemente en que los demás intervinientes se comportarán como persona en Derecho. Por esta razón, el principio de confianza libera de responsabilidad a quien obra confiando en el comportamiento socialmente adecuado de los demás sujetos autorresponsables con los que interactúa³⁵. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero -desde luego- lícita les está permitido

³³ Cfr. LESCH, Heiko, “Strafbare Beteiligung durch ‘berufstypisches’ Verhalten?”, en *JA* 2001, p. 988.

³⁴ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

³⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 253 ss.

confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico³⁶.

El ordenamiento jurídico parte de la noción ideal que las personas que conviven en sociedad respetarán la norma como modelo rector de los contactos sociales, aun cuando fácticamente o en un plano meramente cognitivo algunas personas se rijan por una desconfianza. Esta consideración tiene una clara explicación en las actividades cotidianas: sin un principio de confianza no sería posible para los gobiernos regionales ni autoridades municipales decidir una inversión millonaria en obras sociales, máxime cuando para la aprobación se cuenta con informes técnicos que sustentan claramente la razón de la inversión; tampoco ningún cirujano podría practicar operaciones quirúrgicas si luego de una intervención se comprueba que el material utilizado estaba infectado, a él sencillamente le es permitido confiar válidamente que todo instrumental que use esté debidamente esterilizado.

Huelgue decir que no se trata de una confianza psicológica en el esperar de la conducta de un tercero, sino en la “confianza en el sistema”³⁷, o confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en Derecho. Sólo así es válido confiar de modo incontrovertible en una expectativa de conducta reconocida por el Derecho, ante cuyo incumplimiento sólo responderá el destinatario que quebrante dicha expectativa normativa. Por ejemplo: no sería posible el tráfico automotor si en cada esquina, no obstante el semáforo autoriza el paso a un conductor, debería éste detenerse a pensar en la posibilidad de que los demás conductores no respetarán la luz roja del semáforo. Sencillamente, el tener el semáforo en luz verde autoriza a confiar en cruzar la avenida sin temor alguno. Pero si el conductor de al lado -a quien la luz en rojo no lo detuvo- es quien ocasiona el accidente, sólo él responderá por su propio hecho.

El principio de confianza también ha sido materia de algunos fallos judiciales:

“(…) en autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta G.I.V.J. hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, puesto que el ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado P.L.S., quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga (fojas sesenta y ocho) a que hace referencia el Señor Fiscal Adjunto Superior al fundamentar su recurso, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína

³⁶ Vid. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 104; también, FELIÓ SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 280 ss.

³⁷ FELIÓ SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 287.

húmeda que se encontró en su poder; actuando ésta dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria”³⁸.

“El principio de confianza, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de auto responsabilidad; es decir, tenemos la expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas (este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando). La inaplicación - principal- de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, de los actos ilícitos de terceros”³⁹.

“Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados [...] y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados”⁴⁰.

“De la compulsión de las pruebas no se ha acreditado que el encausado haya actuado no acorde a derecho; es decir, si bien ya se ha determinado la responsabilidad del sentenciado M.A.A, ella no es extensible al encausado, pues, el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuarán correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad. El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado

³⁸ Es el “caso de los inquilinos narcotraficantes”, cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 608-2004-Ucayali (ponente VILLA STEIN), de fecha 24 de noviembre de 2004, Considerando Primero, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 7 (2006), p. 488.

³⁹ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 310.

⁴⁰ R.N. N° 552-2004-Puno, Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 2004, en: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 329.

que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido”⁴¹.

3.3. La prohibición de regreso

a. Contenido

La prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho.

En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio rol. Rige una prohibición de regreso, en virtud del cual el carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a ellos sin posibilidad alguna de regresar, extenderse y alcanzar a quien obró acorde a su rol estereotipado.

La doctrina jurisprudencial contribuye a perfilar con mayor claridad el sentido de la aplicación práctica de la prohibición de regreso:

Tenemos el “caso del taxista”, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció lo siguiente:

“(…) tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que V.Ch. se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; (...) que si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la *prohibición de regreso*, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad”⁴².

También está el “caso del transportista”, visto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, con las consideraciones siguientes:

⁴¹ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 311.

⁴² Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ), Considerando Único.

“(…) quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es “neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna del alcanzar el nivel de una participación punible” (CARO JOHN, José Antonio, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, 2004, p. 105), de manera que si dicha conducta es empleada por terceras personas con finalidades delictivas, la neutralidad de la conducta adecuada al rol prevalece, no siéndole imputable objetivamente al portador del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, en aplicación del principio de prohibición de regreso”⁴³.

En el mismo sentido, se encuentra el “caso de la cocinera”, resuelto recientemente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

“(…) la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a su coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol”⁴⁴.

No deja de ser importante la aportación jurisprudencial de una Sala Penal Superior, donde se estableció lo siguiente:

“Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario; es decir, quien asume con otro un vínculo de modo estereotipado, es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aprovecha dicho vínculo en una organización no permitida (lo reconduce a un hecho ilícito) (y a pesar de conocer la futura conducta ilícita del tercero), este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento [...] pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol”⁴⁵.

⁴³ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de fecha 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

⁴⁴ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno, de fecha 14 de septiembre de 2012 (ponente VILLA STEIN), fundamento 3.6.

⁴⁵ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal Superior con Reos Libres, de fecha 2 de abril de 2007. Véase la referencia en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit., p. 312 s.

b. Teorías acerca de la prohibición de regreso

i) Teoría subjetiva

En una perspectiva subjetiva, ROXIN⁴⁶ sitúa el juicio de valoración en el grado de conocimiento del actuante al momento de brindar su aportación. La teoría se sintetiza del modo siguiente:

i) Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo —con un *conocimiento seguro*— que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutral para alcanzar el nivel de una participación punible. Se da una participación porque la aportación en este supuesto muestra una *relación delictiva de sentido*⁴⁷. Como ejemplo ROXIN pone el caso del vendedor de artículos para el hogar, que vende un martillo, aun sabiendo —bien porque el mismo comprador así se lo ha dicho, o por informaciones de terceros— que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. El vendedor responde penalmente como partícipe en el delito de homicidio. Asimismo, responden por una participación punible en los delitos que cometan sus clientes: el taxista que no se detiene en el trayecto aún conociendo con certeza que el pasajero matará a alguien en el lugar de destino, o que de allí recogerá el botín producto de un delito, también el panadero, que vende panes a una mujer, a pesar de conocer los planes de ésta, de matar a su marido infiel. O sea, basta con que el actuante de un oficio cotidiano, en el ejercicio de su actividad, realice una aportación que fácticamente coincide con el favorecimiento a un delito, aun conociendo de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer un delito, para hacerse responsable penalmente como partícipe.

ii) Pero, si el interviniente cuenta únicamente con la probabilidad de que el autor cometerá un delito, es decir, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino un *conocimiento probable*, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza, en virtud del cual todos pueden confiar en que los

⁴⁶ Sus aportaciones más importantes se recogen en ROXIN, Claus, “Bemerkungen zum Regressverbot”, en *FS Tröndle* 1989, pp. 177 ss.; IDEM, *Leipziger Kommentar-Roxin*, 11ª ed., Berlin/New York 1993, 27/16 ss.; IDEM, “Was ist Beihilfe?”, en *FS Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.; IDEM, “Zum Strafgrunde der Teilnahme”, en *FS Stree/Wessels* 1993, pp. 365 ss.; IDEM, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 26/22 ss., aquí se consolida, en definitiva, la evolución del formidable pensamiento de este autor.

⁴⁷ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/224.

demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una “inclinación reconocible al hecho” del otro no debilite esa suposición⁴⁸. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Igualmente, si el copiadore de llaves se entera que el cliente planea cometer un robo en una casa con la copia que le facilita, porque éste se lo cuenta en son de broma, no se convierte en partícipe del robo, porque no es probable que las bromas evidencien una inclinación reconocible a cometer un delito. Aquí rige el principio de confianza, en virtud del cual, todo copiadore de llaves puede confiar en que sus llaves no serán incluidas dentro de los planes delictivos de otras personas.

A pesar de lo sugerente que puede resultar la teoría subjetiva, hemos de precisar que el intento de una delimitación de la punibilidad de la participación en el plano subjetivo del hecho, de un modo general y en especial según el grado de conocimiento del actuante, no es convincente, sobre todo porque el mundo individual de la representación se convierte en el principal factor de imputación jurídico-penal⁴⁹. Cabe la siguiente pregunta ¿existe en realidad una regla concreta según la cual se pueda determinar la relación de sentido subjetiva de una determinada forma de comportamiento? Y ¿por qué la relevancia penal de una aportación tiene que depender del conocimiento sobre los planes delictivos del autor en la forma de dolo directo o de dolo eventual? La regla de la participación del Código penal no dice nada acerca de si la valoración del aporte del partícipe se tenga que conectar con alguna forma de dolo. Esta propuesta nos recuerda de alguna manera el planteamiento sobre culpabilidad y complicidad de v. BAR que, como fundamento de la punibilidad de la complicidad, exigía que el favorecedor debía saber que su aportación era realizada a un delito, subrayando que “una complicidad con dolo eventual está excluida”⁵⁰. Si en la regulación del dolo contenida en el Código penal, el dolo directo y el dolo eventual tienen la misma penalidad, es decir, se castigan igualmente como delitos dolosos, ¿por qué entonces la diferencia entre una complicidad punible y una conducta no punible tendría que ser calculada de una diferenciación meramente semántica del dolo, cuando penalmente vienen a significar lo mismo al recibir el mismo castigo?

⁴⁸ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/241.

⁴⁹ Radical contra una imputación basada en lo subjetivo LESCH, Heiko *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et.al. 1999, pp. 257 y ss; IDEM, “Unrecht und Schuld im Strafrecht”, en *JA* 2002, p. 603 - 604; IDEM, “Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums”, en *JA* 1996, pp. 348 ss.

⁵⁰ VON BAR, Carl Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, T. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, § 693.

Es indiscutible que la propuesta subjetiva viene a coincidir en sus bases con el finalismo, cuando hace depender la imputación jurídico-penal de la "resolución de voluntad"⁵¹ del autor, de manera que, como razonaba Armin KAUFMANN, "el sentido que el autor le conceda a su hecho es el substrato de valoración del juicio sobre el injusto"⁵². Pero esta fundamentación de la imputación penal en lo subjetivo es incorrecta porque la relevancia de una acción para el Derecho penal no depende en lo absoluto del sentido que dé un autor a su propio hecho, porque la representación personal de un suceso puede ser arbitrario, y de hecho lo es, por eso no puede constituir una medida para la imputación de un hecho.

Lo más problemático de la concepción subjetiva se aprecia en las actividades cotidianas de reparto de productos, donde cada repartidor estaría obligado a conocer las verdaderas intenciones de sus compradores respecto del uso de los productos. Con esto, en toda actividad de reparto los actores sociales tendrían la obligación de convertirse en expertos o adivinos sobre las genuinas intenciones de sus compradores. Pero ¿tiene sentido que en las sociedades modernas, caracterizadas por un sin fin de actividades comerciales anónimas, hacer depender el fundamento de la participación punible del grado de conocimiento del comerciante sobre los usos delictivos que puede recibir los productos que vende? JAKOBS con razón afirma al respecto que "si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares"⁵³.

En cuanto esta teoría basa el criterio fundamentador o excluyente de la participación en la relación psicológica entre los intervinientes, la propuesta se expone a que determinados caracteres anímicos resulten penalizados, dando lugar a la intromisión de un Derecho penal del ánimo en la teoría de la intervención delictiva. Hay que subrayar, por el contrario, que la punición de la contribución a un delito no radica en penalizar determinados elementos del ánimo, porque así cualquier oficio cotidiano podría ser considerado

⁵¹ Cfr. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin 1969, pp. 33 y ss.; KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, pp. 83 ss.

⁵² KAUFMANN, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *FS Welzel*, 1974, pp. 393 ss., p. 403.

⁵³ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 19.

rápidamente típico, sólo por aparecer vinculado a las intenciones de un autor, que son difíciles de interpretar “porque el penalista no es muy instruido en ellas, y, porque, además, con frecuencia no está suficientemente disponible el material necesario para tales consideraciones”⁵⁴.

En consecuencia, la relación de sentido delictiva de una acción no debe ser deducida del lado subjetivo del hecho. Es problemático reconocer que la conducta adquiera una relación de sentido delictiva por el sólo hecho de que su actuante sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna forma a posibilitar o favorecer un delito ajeno. La imputación jurídico-penal no tiene por qué estar sujeta a datos psíquicos⁵⁵. Por contra, el conocimiento que se imputa no es aquél de la consciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción, porque “un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa”⁵⁶.

En síntesis, es arbitrario que una conducta deba adquirir relevancia penal sólo porque el actuante al momento de prestar una aportación en el marco de una actividad cotidiana tenga conocimiento que otro utilizará su aportación para cometer un delito. ¿Tendría que imputarse el título de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito al Jefe de la Banca personal de un Banco por autorizar el pago de cuatro cheques a favor del Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad? La respuesta es treces veces ¡no! La imputación jurídico-penal no se basa en datos psíquicos⁵⁷ y el conocimiento susceptible de imputación no es aquél de la consciencia humana del actuante, sino el conocimiento estandarizado que éste debe tener en el ejercicio de su rol u oficio cotidiano en un contexto social concreto, porque “un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa”⁵⁸.

⁵⁴ NAUCKE, Wolfgang, “Über das Regressverbot im Strafrecht”, en *ZStW*, N° 76, 1964, p. 426.

⁵⁵ Fundamental en esta parte LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

⁵⁶ JAKOBS, Günther, “Dolus malus”, en *FS Rudolphi*, 2004, p. 119.

⁵⁷ LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

⁵⁸ JAKOBS, “Dolus malus”, cit., p. 119.

Por ello, con mucha razón, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ejecutorió en el “caso del Jefe de Banca Personal”⁵⁹ lo siguiente:

“(…) a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica Günther JAKOBS uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando “(…) nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación” (Derecho penal. Parte general, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 1997, páginas ochocientos cuarenta y dos – ochocientos cuarenta y cinco); (...) en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo que respecta a la intervención del encausado V.P., se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación de fojas doscientos cuarenta y uno; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta -la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado- en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien impuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado Vélchez Pella. [...] Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito”.

Esta cuestión conduce necesariamente a fundamentar el significado de relevancia penal de la conducta más allá de la relación psíquica entre el actuante cotidiano y el autor o el tercero que se sirve de la aportación brindada justamente en el ejercicio de una actividad cotidiana. Por ello, el lugar correcto donde ha de anclarse dicha fundamentación se ubica en el lado objetivo del hecho, como se verá a continuación.

ii) Teoría objetiva

⁵⁹ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2270-2004-La Libertad (ponente SAN MARTÍN CASTRO), de 16 de septiembre de 2004, Considerandos Tercero y Cuarto, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., pp. 315-316.

Desde una perspectiva objetiva, JAKOBS sostiene que la imputación recae en la persona “portadora de un rol”⁶⁰, en virtud del cual ella es titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados. Los roles fijan un estatus de la persona en la sociedad, de modo tal que en la comunicación cada persona, en virtud del rol, puede distinguir los límites entre el rol propio y el rol ajeno. Los roles fijan los contornos de las expectativas de los intervinientes en la comunicación personal. En base a esto se puede distinguir claramente, p. ej., el rol de médico, el rol de policía, o el rol de taxista, etc., por eso la joven paciente que acude a un hospital no espera del médico que se comporte como un masajista cuando la ausculta, del mismo modo el ciudadano de a pie no espera de un taxista que se comporte como policía mientras lo conduce a su destino. En virtud del rol la persona tiene claramente definidos sus derechos y deberes como un sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias.

El contenido del rol es necesariamente objetivo porque se sustrae a las peculiaridades individuales de la persona, a la consciencia del individuo, a sus conocimientos especiales, porque va más allá de los contactos íntimos entre individuos, refiriéndose más bien a expectativas normativas que rigen en una interacción de contactos anónimos. En el “teatro del mundo”⁶¹ las personas desempeñan un sin fin de roles diferentes, la mayoría de ellos sin relevancia para el Derecho penal; pero, los que sí importan, de cara a la imputación jurídico-penal, son aquellos que en su ejercicio expresan una desviación de expectativas plasmadas en normas que fijan una pauta de conducta en la sociedad. La característica esencial de los roles es que al estar sustraídos al individuo, se constituyen sin tomar en cuenta los criterios individuales de los hombres.

En el ámbito jurídico-penal el deber de la persona de respetar a los demás como personas tiene un sentido negativo y otro positivo. Se habla de un deber negativo cuando la persona tiene el deber (rol) general de “no lesionar” a los demás en sus derechos: no mates, no robes, no injurias, etc., es decir, el deber de mantener la propia organización dentro del marco de la juridicidad general⁶² que vincula a todas las personas sin excepciones. Por contra, se habla de un deber (rol) especial positivo, cuando, en determinado campo, en vez de

⁶⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN/SCHULZ (Edit.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000, pp. 57 ss.

⁶¹ Así HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737, trad. bajo el título *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* por Peter Mortzfeld, ed. por Christoph Bergfeld, Frankfurt am Main-Leipzig, 1994, parágrafo 63, citado por SÁNCHEZ-VERA, “Algunas referencias de historia de las ideas”, cit., p. 412.

⁶² Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 69; LESCH, Heiko Harmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1992, p. 241.

prohibir una determinada acción, el deber obliga a su portador a realizar una prestación para el favorecimiento o fomento del mundo en común que tiene con la esfera jurídica ajena mediante una relación institucional⁶³. Así, por ejemplo, los padres tienen el deber positivo de velar por los derechos de sus hijos, el policía tiene el deber positivo de brindar seguridad a las personas, el juez tiene el deber de emitir sentencias justas, etc. Quiere decir con esto que cada quien es competente para administrar su propio ámbito de organización en el marco de su deber, con independencia de que su configuración sea negativa o positiva. La persona porta el deber de no lesionar el ámbito libertades ajenas. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos, de manera que el portador del rol tiene el deber de mantener su organización dentro del riesgo jurídico-penalmente permitido, pudiendo cumplirlo, o infringirlo, mediante una acción o una omisión.

Aplicado al ámbito de la intervención delictiva, la prohibición de regreso trae como consecuencia la afirmación del carácter neutro de la conducta practicada en el marco de profesiones u oficios estereotipados socialmente, y, como tal, gozan de «independencia»⁶⁴ en relación a los planes delictivos de un autor que se aprovecha de ella. Es en el contexto social donde se debe verificar si el actuante obró conforme a los deberes que tiene que cumplir, con independencia de si su obrar es mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente. Esto último, sobre todo, porque la garantía de una coexistencia de libertades que brinda el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino con la captación del significado jurídico de la conducta en su interrelación en el mundo exterior⁶⁵.

La conclusión es la siguiente: si el actuante al prestar sus servicios se entera de los planes delictivos de un autor determinado o advierte que al brindar su aportación se está involucrando en un hecho delictivo, no se convierte en garante de lo que el autor haga con el servicio que presta. El único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente al rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Los conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer como parte del rol que ejercita. No es lo que la

⁶³ Cfr. al respecto, SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999, passim.

⁶⁴ WOHLLEBEN, Marcus, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, München 1996, p. 3.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en ZStW 97 (1985), p. 762.

persona conoce, sino lo que *debe* conocer en su posición (en su rol) el único dato exigible válido para la imputación jurídico-penal⁶⁶.

En la praxis judicial existen pronunciamientos en sentido acabado de exponer:

“(…) el acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que *conozca* por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple”⁶⁷.

c. Excepción a la prohibición de regreso

Si bien la conducta practicada de acuerdo a un rol estereotipado da lugar una prohibición de regreso en virtud del cual se excluye la relevancia penal de esa conducta como intervención punible, no significa en lo absoluto que siempre y en todo contexto el actuante queda librado por completo de responsabilidad penal. En determinados casos el titular del rol tiene un deber subsidiario que cumplir, como el de socorrer a la víctima, o denunciar el hecho a la autoridad competente, especialmente cuando el ejercicio de su aportación adecuado al rol coincide con exponer a un tercero a una situación de peligro. Por ejemplo: Un taxista al transportar a su cliente observa por el espejo retrovisor cómo éste prepara un revólver cargándolo de balas. Al ser preguntado por el taxista, el cliente comenta que al llegar a su lugar de destino dará muerte a una persona acusándola de traidora ¿Complicidad del taxista en el delito de homicidio? Naturalmente, sólo si le es posible, el taxista debe avisar a la policía para que neutralice la situación de necesidad generada, dando cumplimiento a lo preceptuado en el art. 127 del Código penal, que reprime el delito de omisión de socorro o de dar aviso a la autoridad.

⁶⁶ Contundente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 99 ss., 257 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Köln et. al. 1983, pp. 128 ss.; JAKOBS, Günther, “Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, en: ZStW 107 (1995), pp. 849 ss.

⁶⁷ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. Nº 1062-2004-Lima (ponente SAN MARTÍN CASTRO), de fecha 22 de diciembre de 2004, Considerando Sexto [Precedente vinculante], en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., p. 134.

Que el Derecho penal reconozca expectativas de conductas acordes con deberes de solidaridad no está ausente de polémica. La solución basada en el deber de solidaridad es relativamente joven, precisamente, por encontrarse todavía en plena juventud, corre la suerte de tener que abrirse camino contra el peso de la tradición que siempre ha contemplado la resolución de los casos de otra manera, situándola sólo en el marco de la infracción de deberes negativos. Pero esta doctrina tampoco tiene la culpa de resolver los conflictos de ese modo, ella es heredera de la enorme influencia ejercida por la tradición filosófica del idealismo alemán sobre el sistema del Derecho penal de los últimos dos siglos, la misma que negó validez jurídica a los deberes de solidaridad, reconociéndoles a lo sumo la condición de deberes morales. Aquél pensamiento filosófico respondió a una forma de ver el Estado y las relaciones sociales de una manera estrictamente liberal. Sólo por citar a KANT en este lugar, al negar la posibilidad de crear deberes jurídicos a partir de situaciones de necesidad: “la necesidad carece de ley (*necessitas non habet legem*), y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto”⁶⁸. Lo contrario conduciría a una “contradicción de la doctrina del derecho consigo misma”. De allí que el ilustre pensador de Königsberg concluya que lo único que fundamentaría el deber de auxilio para con quien se encuentre en una situación de necesidad, sería un “deber moral”. La solidaridad entonces es para este pensamiento sólo un deber moral, por lo tanto, no vinculante jurídicamente.

El deber de socorrer o de auxiliar fomenta las expectativas de conducta de una solidaridad mínima en la sociedad. El ciudadano es tomado como un *colaborador de la administración*⁶⁹, el ciudadano se integra al servicio estatal de protección y contribuye a asegurar la autonomía de la persona y por esa vía asegura la estabilización del sistema jurídico mismo. Se trata de una lucha contra las situaciones de necesidad. En este contexto el deber de solidaridad muestra con fuerza su función subsidiaria en relación a los deberes negativos puros, que se ven respetados mediante la conducta neutral.

La solidaridad es entonces una tarea del ciudadano en ejercicio un deber delegado -de parte del Estado- para la protección y máximo aseguramiento de la autonomía de la persona. La defensa de la autonomía de la persona prevalece ante cualquier situación de necesidad sobre la que el Estado no

⁶⁸ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1ª ed. 1797 (A), 2ª ed. 1798 (B), Obras completas editada por Wilhelm Weischedel in 12 tomos, Tomo VIII, Frankfurt am Main 1977, p. 343.

⁶⁹ Cfr. por todos PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin et al. 2002, pp. 186 ss.

puede intervenir directamente ya que su poder de despliegue normativo se agotó en la exigencia de cumplimiento del deber negativo, que en este caso, queda satisfecha mediante la conducta adecuada al rol estereotipado. El Estado tiene el monopolio de protección sobre los derechos de la persona, por lo tanto no puede dejar la solución sencillamente en manos de la persona privada, a su arbitrariedad, porque, si lo hace, el deber de solidaridad perdería su fuerza normativa vinculante, es decir, su calidad de deber jurídico, exponiéndolo a regresar a su original constitución de un deber moral basado en los buenos sentimientos o asunción voluntaria de una acción de aseguramiento o auxilio dependiente sencillamente de la subjetividad del actuante. El Estado al monopolizar la solución jurídica de los conflictos sociales se convierte en el garante por excelencia de la vigencia del deber negativo *neminem laede*, esto es, del deber más general que establece los límites de la libertad de actuación de la persona. Sin embargo, como una sociedad no funciona solamente con deberes negativos, sino que conforme a su evolución ha ido contemplando cómo en determinados contextos sociales han desarrollado determinados deberes positivos de actuación, si bien restringidos inicialmente al propio ámbito social (como por ejemplo: comunidades especiales como la familia, círculo íntimo de amigos, grupos religiosos, etc.), el Estado con la finalidad de impedir el surgimiento de deberes paralelos al deber negativo, a causa de la creciente fuerza institucionalizadora de estos deberes positivos, les reconoce un estatus jurídico, pero sólo mediante una ficción de delegación de la potestad estatal a la persona privada para intervenir en situaciones de necesidad a fin de concederle un reconocimiento de juridicidad a la solución de conflicto.

Por esta razón, la persona que subyace al rol estereotipado tiene un deber de socorrer ante una situación de peligro generada con la prestación de su aporte neutral, porque las expectativas de conducta en esta situación concreta le fijan el deber de hacer efectivo su deber estatal delegado de función de protección: el Estado se hace presente en la situación de necesidad por medio del ciudadano. El ciudadano aporta de este modo una cuota en favor del aseguramiento de la completa autonomía de la persona y, por ende, del sistema jurídico.

Imaginemos ahora el siguiente supuesto: un asesor tributario ingresa a una tienda para comprar un bolígrafo. Justo cuando el vendedor le hace entrega del bolígrafo, el asesor tributario le comenta que finalmente podrá concluir sus planes delictivos de consignar datos fraudulentos sobre la contabilidad de su cliente en unos formularios de declaración de impuestos. El vendedor pone interés en el asunto, y, de una forma sorprendente, felicita al asesor por dejar de pagar los impuestos que establecen las leyes, ya que él también suele hacer lo

mismo. ¿Complicidad del vendedor de bolígrafo en el delito de defraudación tributaria? La aportación del vendedor se enmarca dentro del ejercicio de su rol inocuo, o dentro del riesgo permitido, por tanto, no se adapta al colectivo típico llevado a cabo por el autor del delito de defraudación tributaria. En este último caso rige plenamente una prohibición de regreso, con la consecuencia inmediata de afirmar la neutralidad de la conducta y fundamentar la exclusión de responsabilidad a título de interviniente delictivo.

La cuestión es que no todos los Códigos penales establecen típicamente el delito de omisión de socorro o, el delito de omisión de denuncia de hechos punibles. Por ejemplo, el Código penal alemán lo establece expresamente en los §§ 323c y § 138 respectivamente. En el caso peruano, el Código Penal sólo castiga el delito de omisión de socorro en el art. 127 a todo aquél que, encontrando a un herido o a cualquier otro en estado de grave e inminente peligro, omite prestarle auxilio inmediato, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero, o se abstiene de dar aviso a la autoridad. El delito de omisión de denunciar hechos delictivos está contemplado en art. 407 de una forma restringida sólo para las personas que, por razón de su “profesión o empleo” tienen el deber especial de comunicar a la autoridad las noticias acerca de la comisión de algún delito. Esta regulación debe ser modificada sin lugar a dudas porque el deber de solidaridad corresponde a todas las personas, y no sólo selectivamente a un grupo especial de personas, lo cual puede crear serios problemas de vacíos y excesos de punibilidad desde el lado que se mire.

4. La imputación a la víctima

a. Contenido

La imputación a la víctima es un instituto dogmático de la imputación objetiva que excluye la tipicidad de la conducta del autor en las situaciones donde la propia víctima participa en la interacción generadora del riesgo que se concreta en su autolesión⁷⁰. No obstante que el autor en un contexto determinado alcanza a superar los límites del riesgo permitido, su conducta experimenta una descarga de imputación merced a la aportación de la víctima, porque allí donde una persona decide autónomamente sacrificar sus propios bienes deja de ser víctima de un hecho típico por desaparecer la heterolesión que constituye la base de toda persecución penal. En realidad

⁷⁰ Fundamental sobre esta cuestión es la obra de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 281 ss.

“resulta que no hay ni ‘víctima’ (sujeto pasivo de una conducta típica) ni ‘autor’”⁷¹.

Un supuesto que ejemplifica esta definición puede verse en el “caso de la motocicleta”⁷², resuelto de acuerdo a las siguientes consideraciones:

“(…) la agraviada por voluntad propia abordó la motocicleta, con pleno conocimiento del estado de ebriedad en que se encontraba el investigado, elevando de esta forma el riesgo permitido, quienes con esta acción imprudente, sin ningún sentido de previsibilidad, deben asumir las consecuencias de su propio riesgo, lo que en doctrina se conoce como *imputación a la víctima*, quien con su propia conducta desarrolla de manera determinante a la realización del riesgo no permitido, ya que la creación o aumento del riesgo no recae en el sujeto activo sino en el sujeto pasivo o la víctima. Por consiguiente, no puede sancionarse la imputación del resultado investigado, concurriendo en este caso una situación de atipicidad”.

En la perspectiva aquí defendida, el presupuesto para aplicar el instituto dogmático de la imputación a la víctima es que el autor haya superado el riesgo permitido, como en el caso acabado de reseñar, donde el conductor de la motocicleta estaba ebrio. Esto marca un orden de análisis y de aplicación de los institutos dogmáticos: si en la situación concreta el autor no alcanza a superar los límites del riesgo permitido, entonces deviene innecesaria la aplicación del instituto de la imputación a la víctima, porque el problema puede ser resuelto perfectamente en un nivel categorial anterior, en el del riesgo permitido. Con esta precisión metodológica se tiene que la capacidad de rendimiento de la imputación a la víctima se aprecia con en los casos donde la conducta riesgosa (típica) del autor interactúa simultáneamente con el obrar auto-lesivo y auto-responsable de la víctima, generando esta última un vaciamiento de la tipicidad de la conducta del autor. Se excluye el carácter típico de la conducta por no concurrir una heterolesión.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado el contenido de la imputación de la víctima en un caso donde se imputó homicidio culposo al organizador de un festival de rock que trajo como consecuencia la muerte de unas personas:

“La conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la

⁷¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004, p. 85, nota al pie n° 241.

⁷² Cfr. la Disposición Fiscal de la 3ra. Fiscalía Superior de Apelación de Piura (Fiscal Superior ROSAS YATACO), de 09 de enero de 2012, que declara Infundada la Queja de Derecho deducida en el Caso N° 575-2011, fundamento 5.5.

moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos ‘el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal’ (Cfr. Günther JAKOBS. Derecho Penal. Parte General. Madrid 1995, p. 307), por lo que los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado⁷³.

En un sentido normativo el resultado se convierte en un asunto que sólo atañe a la víctima, por eso es correcto hablar de una “imputación al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima”⁷⁴. Donde la víctima se embarca autónomamente en un curso riesgoso desaparece la razón de intervención del Derecho penal, toda vez que dicho ordenamiento no castiga el resultado autolesivo producido de una manera autónoma por el titular del derecho. A ningún Fiscal de la tierra se le ocurriría denunciar penalmente a quien fracasa en un suicidio. Esto confirma el argumento que en los casos donde la propia víctima obra de manera autorresponsable —por ejemplo: cruza una avenida de alta fluidez vehicular por debajo de un puente peatonal en vez de usarlo correctamente y muere atropellada por un conductor que carece de licencia de conducir; viaja montada en una motocicleta lineal conducida por un conductor ebrio y muere porque éste genera un accidente; permite que le practiquen una liposucción en un consultorio médico clandestino y muere por una mala praxis médica— dicho obrar autolesivo comunica el sentido de renuncia a una protección jurídico-penal. El Derecho penal no puede ir contra la autonomía de la persona allí donde ésta se comporte como suicida. Por esta razón, en todos estos casos no existe una responsabilidad penal del autor por homicidio, pero sí, respectivamente una sanción administrativa por conducir un vehículo motorizado sin licencia, una sanción penal por conducción en estado de ebriedad, y sanciones penales, civiles y administrativas por el funcionamiento clandestino del consultorio médico.

b. La autorresponsabilidad de la víctima

La libertad de actuación como ejercicio de autodeterminación personal aporta argumentos sólidos para el desarrollo de una genuina teoría de la imputación a la víctima. Los casos diferenciados por un sector doctrinal⁷⁵ como “participación en una autopuesta en peligro” (impune), o de una “heteropuesta en peligro”

⁷³ Cfr. R.N. N° 4288-97-Ancash, Ejecutoria Suprema de 13 de abril de 1998 (Ponente GONZÁLES LÓPEZ), en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, p. 99.

⁷⁴ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit. p. 284. Añade: “La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad”.

⁷⁵ Este es el caso de ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª. ed., Editorial C.H. Beck, München 2006, apartados 11/107, 121 ss.

(punible), carecen de relevancia por tratarse solamente de una mera “descripción fenomenológica”⁷⁶ que no aporta una argumentación sistemática de cara a la tipicidad penal. Es irrelevante, en este sentido, si la víctima resulta lesionada por intervenir conduciendo por sí misma en una competición irregular de motocicletas (participación en una autopuesta en peligro), o si la lesión resulta como consecuencia de una maniobra peligrosa hecha por el conductor de la motocicleta que lleva a la víctima en el asiento trasero con ocasión de tal competición (participación en una heteropuesta en peligro)⁷⁷. Lo relevante es que el comportamiento de la víctima no puede ser visto de modo diferente al del ciudadano dotado de libertad y responsabilidad capaz de organizar su vida como mejor le parezca. Precisamente, según cómo el ciudadano (aquí víctima) organice su libertad de actuación responderá por las consecuencias de cómo administre esa libertad: “una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse asume con ello siempre, también la *propia* administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad”⁷⁸.

Cuando la víctima “se las juega” arriesgando sus propios bienes -v.gr. sostiene relaciones sexuales con una persona que se prostituye en condiciones que traslucen un elevado riesgo de contagio de SIDA; cruza una avenida principal en vez de usar el puente peatonal ubicado apenas a escasos metros- se plantea la cuestión de cómo tratar jurídicamente la conducta del autor que en simultáneo conduce actúa excediéndose en los contornos de su rol. El injusto típico del delito de homicidio o lesiones graves está configurado bajo la lógica que el autor no respete a la víctima como persona, o que lesione su libertad de organización personal. Pero mal se haría responsabilizar al autor de aquella puesta en peligro o de la lesión que la propia víctima pudo evitar por formar parte de su esfera de dominio autorresponsable. En estos casos se excluye la tipicidad porque la libertad de autodeterminación de la víctima anula toda posible imputación al ámbito del autor.

En esto radica una fundamentación del Derecho penal basado en la autodeterminación personal. Todo ciudadano tiene garantizado un ámbito de

⁷⁶ Contundente a este respecto FEJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 473 ss.

⁷⁷ El ejemplo es de CANCIO MELIÁ, Manuel “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, Palestra, Lima 2010, pp. 105 ss., donde es crítico con esta diferenciación que a lo sumo aporta un “mero topos” (p. 107) fenomenológico sin ninguna solución material relevante.

⁷⁸ LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, p. 30.

autorresponsabilidad personal y ello también comprende a la víctima, como un ciudadano más. Según cómo administre su libertad, asumirá las consecuencias de esa administración, pudiendo ser una de esas consecuencias la auto-lesión, que, en sí misma no genera interés alguno para el Derecho penal. En esta línea de argumentación es importante resaltar lo afirmado por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS: “El reconocimiento por parte del Estado de un ámbito de libertad en el ciudadano obliga necesariamente a la garantía de un ámbito de autorresponsabilidad personal. El Estado deja de ser, en esos supuestos, un órgano superior, paternalista y controlador para convertirse en un ente que respeta a los ciudadanos, les permite, reconoce y garantiza una esfera de libertad y confía en que cada uno gestionará su ámbito de organización dentro de los límites de permisibilidad (libertad) y de respeto a los demás ciudadanos. El principio de autorresponsabilidad únicamente es viable si el Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos. Pero, como cabe comprender, la libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias. Por ello, junto a la primera tendencia o vector la imputación (la familiarización con el riesgo) existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor [...]. Desde este punto de vista, dicho principio es un criterio de dignificación del ser humano como persona en Derecho, como ser social titular de derechos y obligaciones: reconociendo su libertad, se le reconoce un ámbito en el que él, en ejercicio de su libertad, puede resultar (auto)lesionado. Y dicha lesión, normativamente irrelevante, se concibe como un producto de la libertad personal”⁷⁹.

c. Elementos de una imputación preferente al ámbito de la víctima

El instituto dogmático de la imputación a la víctima requiere para su aplicación dogmática la concurrencia de tres elementos, a saber⁸⁰:

- i. *Actuación conjunta*. La actividad debe permanecer dentro de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima. Una vez definida la actividad conjunta, la imputación que se genera es al ámbito de responsabilidad de la víctima a causa de su obrar autorresponsable.
- ii. *Actuación libre de la víctima*. La conducta de la víctima no debe haber sido instrumentalizada por el autor, lo que significa que la víctima no haya sido objeto de violencia, amenaza o engaño. Precisamente, la noción de

⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales”, en JAKOBS, Günther et al., *Legitimación del Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2012, pp. 104-105.

⁸⁰ Debemos a CANCIO MELIÁ la sistematización de estos tres elementos como insuperable aportación a la ciencia penal. Al respecto, véase de este autor: *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit. pp. 284 ss.; IDEM, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 88 ss.

autorresponsabilidad presupone que el obrar concuerde con la manifestación libre de la voluntad de la víctima. Si el autor instrumentaliza a la víctima entonces el hecho “es suyo”, de nadie más.

- iii. *Ausencia de un deber de protección específico del autor sobre la víctima.* Significa que la víctima no debe estar al cuidado o en una posición de dependencia -heteroadministración- directa del autor, , en cuyo caso carece de autorresponsabilidad.

Basta que no concurra uno de los elementos antes mencionados para que no se aplique la institución de la imputación a la víctima. En el juicio de valoración no debe perderse la perspectiva que la interacción entre autor y víctima puede obedecer a una diversa fenomenología, tanto en lo espacial como en lo temporal, pero de ninguna manera constituye un criterio válido para decidir sobre la aplicación del instituto dogmático. No porque a simple vista el autor despliegue una mayor causalidad entonces es responsable, o porque es la víctima quien interviene en último lugar el hecho es atípico. Lo decisivo no es el peso de la causalidad aportada ni el orden de las intervenciones, sino el enjuiciamiento normativo de la noción de autorresponsabilidad, porque “ni siempre que la víctima actúe en último lugar tendremos una autolesión o una autopuesta en peligro ni siempre que un tercero configure el hecho hasta el final tendremos un injusto penal. Ello depende de criterios normativos y no de criterios fenomenológico-temporales”⁸¹.

d. Algunos casos de la práctica penal

Además de los pronunciamientos citados en los apartados precedentes, en la práctica penal existen unas resoluciones que denotan una adecuada comprensión y aplicación de la institución de la imputación a la víctima.

Sobre el concepto de la institución, se tiene:

“La competencia de la víctima se aplica cuando la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima (CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 123-124). Mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de víctima en el contexto de valoración normativa del

⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 477.

comportamiento del autor, sea tanto la víctima como el autor quienes hayan configurado el curso lesivo para el primero, éste deberá cargar con la responsabilidad por las consecuencias de su actuar descuidado. El filtro de la competencia de la víctima consiste en crear un riesgo no permitido para sí mismo, producto de la trasgresión del deber de autoprotección (FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002, p. 291).⁸²”

En un caso donde el denunciante invocó haber sido estafado luego de descubrir que el vehículo que compró tenía la tarjeta de propiedad registrado con un nombre distinto al de la persona que se lo vendió, el Ministerio Público resolvió no formalizar denuncia penal por considerar que no concurre engaño típico de estafa cuando la propia víctima tiene acceso a la información que invoca desconocer. El buen manejo del instituto dogmático de la imputación a la víctima reluce en el presente caso cuando -luego de disponer el archivo definitivo- el Fiscal Penal hace mención expresa que está a salvo el derecho del denunciante de acudir a la vía extrapenal para plantear su reclamo patrimonial. Con ello se evidencia que no todo conflicto social demanda necesariamente una solución mediante el Derecho penal, sobre todo el conflicto donde la víctima es expuesta a peligro o sufre una lesión a causa de su obrar autorresponsable. El pronunciamiento es el siguiente:

“SEGUNDO: (...) la posibilidad que el denunciante conozca al propietario del vehículo era totalmente viable (...), por lo que en dichas circunstancias se espera que el adquiriente denunciante realice las diligencias para conocer al dueño del vehículo”. Máxime cuando “de los hechos se desprende que el denunciante recabó información de los Registros Públicos luego de entregar parte del precio pactado, lo que confirma por un lado la accesibilidad a la información que brinda el ente registral y por otro la falta de diligencia del denunciante al recabar la información luego de entregar el dinero”. Por consiguiente: “CUARTO: “(...) si se adquiere un [bien] mueble (inscrito) a sabiendas que el vendedor no es el propietario, se asume el riesgo del resultado (merma económica), lo que descarta la concurrencia del engaño (el denunciante sabía que el transfiriente no era el propietario) y la posibilidad de imputarse objetivamente el resultado al denunciante. En este extremo resulta pertinente apelar a los criterios establecidos por la doctrina dominante para determinar la tipicidad del engaño, como que el derecho puede (y debe) exigir un cierto nivel de diligencia que permita al sujeto descubrir el fraude, por lo que la protección penal no debe producirse cuando la indolencia, la excesiva credulidad y la omisión de precauciones elementales hayan sido las verdaderas causas de la eficacia del engaño. QUINTO: En ese sentido se descarta también la posibilidad de imputarse objetivamente el resultado al denunciado, a

⁸² CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit., p. 316.

la luz del *principio de competencia de la víctima* (instituto de la imputación objetiva por el que se pone en relieve la relevancia que tiene la figura de la víctima en el contexto de valorización normativa del comportamiento del autor) al haberse autopuesto en peligro la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por [lo] que el obrar a propio riesgo (el agraviado) tiene una eficacia excluyente del tipo penal; empero no implica en modo alguno el desamparo de la tutela jurisdiccional, pues el denunciante tiene expedito su derecho de hacerlo valer en la vía extrapenal correspondiente para el eventual recobro de su dinero y la reparación civil que corresponda”⁸³.

Tampoco existe estafa en opinión del Ministerio Público en otro caso donde los imputados se presentaron ante el agraviado como “prósperos comerciantes” de celulares, a quienes el agraviado hizo varias transacciones de dinero por un monto global de S/. 42,000.00 sin recibir mercadería alguna. El Fiscal Penal consideró el problema como un supuesto de “autopuesta en peligro del propio agraviado”, motivo por el cual formuló requerimiento de sobreseimiento, debiéndose ver el presente caso en la vía extrapenal:

“8. Asimismo no se aprecia que este negocio jurídico se encuentre dentro de los límites de un contrato criminalizado, pues al margen que haya existido o no dolo por parte de los investigados al celebrarse el contrato verbal de venta de celulares, no se aprecia que los investigados hayan inducido o mantenido en error al agraviado mediante *engaño bastante* o *suficiente* y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto. Así tenemos que el agraviado sostiene haber sido engañado por los investigados ya que éstos le dijeron que eran prósperos comerciantes de celulares importados procedente de Iquitos, siendo que en tales condiciones ello no deviene en maniobra defraudatoria con apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, puesto que el agraviado y su esposa son personas que tienen secundaria completa, se relacionan en el mundo empresarial, pues están dedicadas al comercio de celulares.

9. Es decir, dentro de este contexto se puede afirmar que el denunciante renunció a su deber de autotutela, ya que no tomó la precaución debida que tendría todo hombre medio que se desprende de sumas dinerarias elevadas (por muchos miles de soles), así el agraviado pudo muy bien dejar de efectuar depósitos dinerarios a su vendedor cuando éste no cumplía con remitirle la mercadería de celulares, y no seguir efectuando depósitos como dice, argumento que no resulta verosímil; pues por normas de experiencia, ningún negociante diligente y cauto efectuaría depósitos dinerarios a su vendedor que no le cumple con remitir su mercadería y si aún continúa pagando por una mercadería que no le entregan, tal como sostiene el agraviado, estaría autoponiéndose en peligro; en tal sentido el Derecho penal por su función subsidiaria no puede suplir los deberes de autotutela que tiene todo ciudadano medio.

⁸³ Dictamen Fiscal de la Ira. Fiscalía Mixta de Carabayllo (Fiscal LLATAS CASTRO), de 05 de agosto de 2009.

10. Para ROXIN la infracción de la víctima de sus deberes de *autotutela* puede conducir a la exclusión del injusto del autor, pues se exige al ciudadano de una mínima energía dirigida a la autodefensa, cuando sea fácilmente evitable el hecho punible con un cómodo comportamiento tendiente a la evitación de la lesión del bien jurídico; *por no ser fin de la norma en el delito de estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio*, que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo; pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso, que el recurso a la pena es sin duda la autotutela del *titular del bien*; argumento que es compatible con nuestra jurisprudencia nacional en Expediente N° 2618-98 (resolución de fecha 14 de septiembre de 1998, Vocal ponente Dra. Saquiquaray Sánchez).

11. En doctrina este comportamiento asumido por el denunciante se conoce como *autopuesta en peligro del propio agraviado*, pues el desplazamiento del dinero al que le hacen alusión a favor de los imputados obedeció a la asunción del riesgo al cual en forma voluntaria se sometió; siendo responsable por los defectos de su esfera de competencia organizativa, ya que el hombre medio (pues el agraviado es comerciante) en la situación concreta, sabe que si su vendedor no cumple con remitirle mercadería no tiene porqué seguir depositando dinero por una mercadería que no se le entrega; más aún si su vendedor, si bien es cierto se dedica también al comercio, también es cierto que no es vendedor formal de celulares y así lo ha reconocido el propio denunciante, quien sabía de esta situación. En tal sentido debe dejarse sentado, como ya se indicó líneas arriba, que el Derecho penal no protege la negligencia de la víctima, no protege a la persona que infringe o renuncia a sus deberes de autotutela; siendo así, estamos frente a criterios de autopuesta en peligro de la propia víctima que se comprende en la moderna teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, para el presente caso no la desprotege, ya que establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles, mediante vía extrapenal, salvaguardando así la función del Derecho penal, como *última ratio* y el principio de mínima intervención que lo inspira.

12. Consecuentemente al no haberse acreditado a nivel de certeza el elemento del tipo de *estafa, referido al engaño bastante y relevante*, el comportamiento del imputado no encaja dentro del tipo penal en estudio⁸⁴.

También se registra otro caso donde el Ministerio Público decidió excluir de la imputación por el delito de lesiones culposas al chofer de una mototaxi quien, en un punto de la carretera de Chulucanas hacia el Centro Poblado de Yapaperas, chocó con una moto lineal que transportaba a dos personas, resultando éstas gravemente heridas. El conductor de la moto lineal estaba ebrio, no poseía licencia de conducir, y, como consecuencia del accidente,

⁸⁴ Requerimiento de Sobreseimiento dispuesto por el Cuarto Despacho de Investigación de la 3ra. Fiscalía Penal Corporativa de Chiclayo (Fiscal Provincial QUIROZ GROSSO), de 19 de septiembre de 2011, fundamentos del 08 al 13.

sufrió la amputación de su pierna izquierda. Su acompañante, una mujer que viajaba sentada en la parte posterior de la moto, sufrió una fractura expuesta del brazo izquierdo. La Disposición Fiscal que aprobó el archivo definitivo, la no formalización y continuación de la Investigación Preparatoria dio por cerrado el caso del modo siguiente:

“Conclusivamente, se tiene entonces, de todo lo compulsado, atendiendo las circunstancias y condiciones en que el accidente de tránsito se produjo, que el factor predominante de dicho accidente fue el actuar negligente del denunciante Y.G.G.Z., conductor de la moto lineal, al manejar su vehículo menor en estado de ebriedad y sin contar con la respectiva licencia de conducir, manejando el vehículo a una velocidad mayor a la adecuada y en forma temeraria y zigzagueante, conforme así se desprende de las declaraciones anotadas y del Informe Técnico de Tránsito de fojas 453-460, por lo que se evidencia que el agraviado creó y además incrementó el riesgo que desencadenó el resultado adverso a su persona y a su pasajera D.M.O. (...). Y en cuanto a D.M.O., como ya se dijo, esta circunstancia es recogida en la doctrina como la imputación a la víctima, quien con su propia conducta desarrolla de manera determinante la realización del riesgo no permitido, ya que la creación o aumento del riesgo no recae en el sujeto activo, sino en el sujeto pasivo o víctima, Por consiguiente, no puede sancionarse la imputación del resultado al investigado I.P.C., dado que como hemos analizado líneas arriba, consiguientemente, la disposición fiscal venida en grado se encuentra arreglada a Ley”⁸⁵.

En un sentido parecido, el 2do. Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo resolvió un caso de homicidio culposo y lesiones culposas graves, aplicando los fundamentos expuestos de la imputación a la víctima. Lo interesante de esta resolución es que en un accidente de tránsito generado por autor y víctima, la conducta del autor fue valorada y ubicada en su justo lugar, como una infracción administrativa a ser tratada en la vía extrapenal. En atención al obrar imprudente de la víctima, la imputación del resultado es imputable únicamente a su propio ámbito de autorresponsabilidad:

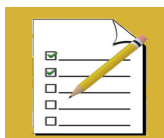
“13. Que, en estos casos debemos auxiliarnos de la doctrina que desarrolla la imputación objetiva en los delitos imprudentes que se producen como consecuencia del tráfico vehicular, como se sabe el solo hecho de conducir un vehículo aunque sea menor, ya implica aceptar un riesgo, riesgo que debemos evitar su incremento y su posterior materialización en el resultado; en tal sentido, analizando la conducta del imputado J.L.Z.L. debemos señalar que no obstante encontrarse conduciendo sin la licencia respectiva y al configurar su conducta una falta administrativa, se debe proceder a negar la imputación objetiva por

⁸⁵ Disposición Fiscal de la 3ra. Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura (Fiscal Superior ROSAS YATACO), de 19 de marzo de 2012, que declara Infundada la Queja de Derecho deducida en el Caso N° 290-2011, fundamento 5.11.

el resultado muerte y lesiones, ya que habría actuado dentro de los márgenes del riesgo permitido (no aumentándolo) (...).

14. Por último, analizando las conductas de las víctimas, en cuanto se refiere al occiso V.M.R.R., fue su persona quien incrementó el riesgo permitido al conducir su motocicleta sin licencia para ello, con presencia de 1.15 centigramos por litro de sangre; lo mismo ocurre con la agraviada D.C.A., quien no obstante haberse percatado de que su conductor estaba ebrio, decidió acompañarlo sin tomar en cuenta el riesgo al que se exponía, en consecuencia, fueron los agraviados quienes se auto pusieron al peligro; por lo que siendo la teoría de la imputación objetiva un *elemento del tipo objetivo* que reúne una serie de criterios normativos los cuales, luego de afirmar la causalidad en los delitos de resultado, permiten afirmar o descartar la imputación de un resultado típico a la acción del sujeto activo; al negarse la imputación objetiva con respecto al imputado, no se le puede atribuir ningún delito, ya que su conducta es atípica”⁸⁶.

⁸⁶ Auto de Sobreseimiento dictado por el 2do. Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo (Juez Penal LEÓN VELÁSQUEZ), de 16 de agosto de 2010, véase los fundamentos 10 al 14.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Qué es la teoría de la imputación objetiva?

2) ¿Cuáles son las teorías existentes en torno a la prohibición de regreso?

3) ¿Cuándo es aplicable la imputación a la víctima?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.
- 2) JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, Grijley, Lima 1998.

(Disponible en el anexo de lecturas).



UNIDAD II

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

PRESENTACIÓN

El tipo penal no sólo se determina sobre la base de criterios objetivos, sino que para ser completado requiere de un análisis del lado subjetivo. Dicha obligación tiene su origen en el principio de culpabilidad el cual prohíbe la responsabilidad objetiva y obliga a un análisis del tipo subjetivo.

Los cambios en esta institución, cambios como su ubicación (de la culpabilidad a la tipicidad) y de su contenido (conocimiento y voluntad, hacia un deber único de conocimiento), hacen que en la actualidad sea imprescindible un estudio profundo de los contornos de esta institución.



PREGUNTA GUÍA

1. ¿Qué es la imputación subjetiva?
2. ¿Cuál es la diferencia entre dolo e imprudencia?
3. ¿Cuál es la trascendencia jurídico penal del dolo y la culpa para la teoría de la imputación?

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

El juicio de tipicidad se concibe como el proceso valorativo de subsunción o adecuación de una determinada conducta humana a la hipótesis contenida en un tipo penal⁸⁷. Sin embargo, más allá de esta pacífica conceptualización, la subsunción de un hecho en el tipo objetivo no completa el juicio de tipicidad, es decir, no es suficiente para poder imputarle penalmente ese hecho a una persona como una obra suya⁸⁸. Para la imputación jurídico-penal, entonces, se requiere que esa conducta objetivamente adecuada al tipo penal esté abarcada por el conocimiento de la persona que la realiza, de modo tal que pueda serle atribuida como una objetivación de ese aspecto interno que le es innegablemente inherente.

De allí la necesidad de que un Derecho penal respetuoso de las garantías fundamentales del Estado de Derecho se funde sobre el principio de culpabilidad y la consiguiente proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal)⁸⁹, lo cual conlleva la ineludible exigencia de constatar un elemento subjetivo normativamente relevante para poder afirmar plenamente la tipicidad de un comportamiento⁹⁰. Este nivel de análisis se constituye en una garantía para el ciudadano en tanto marca el límite del Derecho penal en el plano de lo subjetivo, de suerte que no le está permitido al Estado inmiscuirse en el ámbito privado de las personas ni reprimir meros pensamientos, por más indecorosos o viles que éstos puedan ser. En ese sentido, se revela incuestionablemente vigente la máxima *cogitationis poenam nemo patitur* (¡el pensamiento no delinque!). Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado (...), de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa”⁹¹.

⁸⁷ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 296.

⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 65; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, p. 13; ÍDEM, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002, p. 114, nota 234; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª edición, Grijley, Lima 2005, p. 448.

⁸⁹ Artículo VII, Título Preliminar CP: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

⁹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008, p. 391.

⁹¹ Sentencia recaída en el Exp. N° 014-2006-AI/TC, F.J. 25 y 26.

En esta línea, resulta claro que no cualquier forma o manifestación del pensamiento o conocimiento humano puede configurar ese componente subjetivo indispensable para el juicio de tipicidad, sino sólo aquellos que el Derecho penal reconozca válidamente como una expresión del fuero interno de la persona. Y tales formas de la subjetividad humana, de acuerdo al artículo 12° del Código Penal⁹², sólo pueden ser el *dolo* o la *culpa*, cuya determinación—dado que la ley penal peruana, a diferencia de otras legislaciones, no ofrece una definición acabada o concreta sobre dichos elementos— requiere un proceso valorativo y analítico. Este proceso se conoce precisamente como la *imputación subjetiva*, a la cual se dedican las siguientes líneas (tras haber ya analizado anteriormente el aspecto externo que corresponde a la imputación objetiva).

2. ORDEN METODOLÓGICO: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO JUICIO PREVIO A LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA.

El proceso que conlleva la imputación jurídico-penal, para poder ofrecer soluciones coherentes a casos prácticos, requiere necesariamente de un orden metodológico que guíe el análisis jurídico de cara al juicio de tipicidad. Este orden en el análisis responde particularmente al significado social que para el Derecho penal debe tener toda conducta sometida a su ámbito de enjuiciamiento al superar los límites de lo jurídicamente tolerado, de modo que si ya de antemano determinado comportamiento no representa ninguna alteración del orden social jurídicamente protegido ni implica la defraudación de ciertas expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, carece de toda relevancia e interés indagar el aspecto subjetivo de quien realizó dicho comportamiento y por ende atribuir cierto sentido al conocimiento⁹³.

Esto no significa sino que el orden de análisis más congruente desde una perspectiva social es el de determinar en primer lugar la tipicidad objetiva y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, proseguir con el análisis de la tipicidad subjetiva⁹⁴. De este modo, el juicio de tipicidad debe partir por analizar

⁹² “Artículo 12°. *Delito doloso y culposo.*

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”

⁹³ Por ello, y con evidente razón, JAKOBS sostuvo hace ya varios años: “Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena”, cfr. JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid 1997, p. 302.

⁹⁴ Cfr. FELJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 113 s.

si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado para luego recién pasar a abordar la imputación subjetiva, en los términos expuestos más adelante. Sostener un orden inverso, es decir, anteponer el análisis del fuero interno al del aspecto externo de la conducta conllevaría sin duda alguna a consecuencias absurdas y arbitrarias en la práctica.

Así, por ejemplo ¿tendría que castigarse penalmente al médico que, actuando con el más estricto y escrupuloso respeto de la *lex artis*, realiza una intervención quirúrgica deseando la muerte de su paciente gravemente enfermo que, en efecto, termina falleciendo tras la operación? Al anteponer el análisis subjetivo y enfocarse en los viles deseos del médico, una solución consecuente con dicho orden metodológico afirma sin más que el profesional de la medicina debe responder penalmente por el delito de homicidio en grado de tentativa si el paciente sobrevive a la operación quirúrgica. Lo mismo podría afirmarse respecto al boxeador que con ánimo homicida, pero actuando reglamentariamente, ataca a su contrincante⁹⁵. Y, trasladando este razonamiento al ámbito de los delitos contra la administración pública, carecería igualmente de sentido afirmar la responsabilidad penal del funcionario público que, aun con intención de obtener algún provecho económico, sostiene conversaciones o acercamientos legalmente permitidos con un particular en torno a un proceso de contratación estatal⁹⁶. La respuesta en todos los casos es la misma: los deseos, pensamientos o representaciones no fundamentan *per se* el juicio de imputación subjetiva.

Este tipo de situaciones reflejan la necesidad de empezar por el examen de tipicidad objetiva, que sólo puede verse superado si se constata *objetivamente* el quebrantamiento de un rol o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber derivado del ámbito de competencias del sujeto, creando de este modo un riesgo penalmente prohibido. Sólo de esta manera se garantiza que el Derecho penal no invada la esfera más íntima del ciudadano y, en consecuencia, no reaccione ante meras representaciones, deseos o anhelos, más allá de su valoración específica como malintencionados, viles o perversos, los que pueden ser censurables desde una perspectiva moral, más no —en modo alguno—

⁹⁵ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª edición, Themis, Bogotá 1996, pp. 95 s.

⁹⁶ Como lo señala ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª edición, Grijley, Lima 2007, p. 413: “Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones o concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento”. De hecho, normas como la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (Ley N° 28024) sirven para establecer la frontera entre los actos de gestión permitidos (orientados a influir en una decisión pública) y los pactos confabulatorios o clandestinos. De ahí que resulte claro que la concertación típica propia de la colusión sólo puede realizarse al margen de lo jurídicamente permitido.

desde un punto de vista jurídico⁹⁷. Esto implica que al Derecho penal sólo le interesa analizar el aspecto subjetivo, es decir, atribuir algún sentido al conocimiento, como se verá más adelante, siempre que se realice una conducta que exceda objetivamente los límites de lo permitido por las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente, de suerte que ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o culpa, si el comportamiento enjuiciado no perturba el orden jurídico-social. De este modo, una conducta que goza de reconocimiento social no admite preguntas ni intervenciones sobre el fuero interno del actuante. Por estas consideraciones, no cabe duda de que el tipo objetivo es el sustrato u objeto de referencia del tipo subjetivo⁹⁸.

Ya la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad para decidir sustancialmente en esta misma línea argumentativa:

“(…) que, por otro lado, en cuanto a la tendencia psicológica del encausado a evadir su responsabilidad penal, ésta deviene en irrelevante por haberse probado que el hecho objetivamente carece de relevancia penal, por lo que *la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada*, por lo que la absolución dictada a su favor se encuentra acorde a Ley”⁹⁹.

En ese sentido, sólo cabría analizar –retomando los ejemplos propuestos– si el médico actuó con dolo o culpa, siempre que previamente se hubiese determinado que la operación quirúrgica no se llevó a cabo en observancia de las reglas técnicas que le impone su profesión (*lex artis*); o que el boxeador infringió los límites ESTABLECIDOS por el reglamento correspondiente; o que los acercamientos entre el funcionario público y el particular han superado los límites de lo jurídicamente tolerado, para devenir en una concertación típica del delito de colusión. Todas estas consideraciones, sin duda, refuerzan el orden metodológico –aquí expresado– que ha de guiar el juicio de imputación y que lo ratifican como el más consecuente para la relación armónica que debe existir entre Derecho penal y sociedad¹⁰⁰.

97 JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998, pp. 83 s.; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, 2006, p. 247.

98 FEJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 93: “Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo”.

99 Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO), Considerando Cuarto, el subrayado ha sido agregado.

100 A este respecto, JAKOBS se refiere a la “dependencia recíproca”, en virtud de la cual “cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales (...) del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles”. Vid. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Fejoo Sánchez), Civitas, Madrid 1996, pp. 22 s.

3. EL CARÁCTER NORMATIVO DEL CONOCIMIENTO PENALMENTE IMPUTABLE.

3.1. Planteamientos dogmáticos de solución: los graves inconvenientes de una visión psicologicista

La determinación de los elementos que conforman el lado subjetivo del tipo no ha sido una cuestión pacífica que haya sido solventada de manera unívoca e indiscutida en el Derecho penal, al punto que aún hoy subsisten planteamientos de sustrato marcadamente diverso para definir el fundamento de la imputación subjetiva. En la dogmática jurídico-penal se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos¹⁰¹: por un lado, las teorías *psicologicistas*, que parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías *normativistas* que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano.

Para las teorías psicologicistas el conocimiento jurídico-penalmente relevante no es más que un fenómeno psicológico, en tanto proceso efectivamente ocurrido en la mente del autor, que debe averiguarse en el curso del proceso penal¹⁰². Por tanto, para esta forma de concebir la imputación subjetiva el conocimiento penalmente relevante constituye una realidad pretérita, un fenómeno psíquico existente en el momento en el que se llevó a cabo la acción típica y que el juez debe tratar de reconstruir. A partir de esto se revelan algunos inconvenientes derivados de la visión extrajurídica a partir de la cual conciben la imputación penal.

Como se dijo, al trasladar la visión del mundo natural al ámbito del Derecho penal, la óptica psicologicista confunde el plano naturalístico con el normativo, que es el que realmente le interesa a la imputación subjetiva. Por tal razón, al tratar al conocimiento humano como un simple dato psíquico que debe ser acreditado en el proceso penal, surge inmediatamente la pregunta de cómo llevar a la práctica semejante cometido, esto es, demostrar una determinada representación mental existente al momento en que se produjo la acción delictiva. Ciertamente el juez penal no tiene la capacidad ni la formación para leer la conciencia de las personas o para aproximarse a su contenido, de modo tal que pueda determinar con certeza qué fue lo que se representó en su mente o quiso el autor al momento de actuar¹⁰³.

¹⁰¹ Vid. en lo que sigue, CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 236.

¹⁰² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999, p. 205.

¹⁰³ Como lo señaló el penalista alemán *Zachariä*, citado por JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit., p. 303, nadie lleva un “espejo en el pecho” que permita que otros lean sus pensamientos.

En un plano práctico, estos problemas se muestran aún más evidentes, pues en orden a satisfacer las exigencias procesales inherentes a la convicción judicial y al principio *in dubio pro reo*, es indispensable alcanzar el grado de certeza sobre un hecho para considerarlo probado. Sin embargo, resulta difícilmente explicable que el convencimiento del juez pueda garantizar la identidad del contenido de esa convicción y lo que efectivamente pasó por la mente del autor, considerando que los conocimientos científicos y la experiencia sólo alcanzan a estimar *probable* la existencia de un hecho¹⁰⁴. En suma, una visión psicologizante de la imputación subjetiva está destinada al fracaso cuando se pone a prueba su capacidad de rendimiento a un nivel de aplicabilidad práctica¹⁰⁵.

3.2. La concepción normativista y sus ventajas en un plano práctico

Las consideraciones acabadas de explicar han de resultar suficientes para abandonar la estrecha visión que del juicio de imputación subjetiva –y del Derecho penal en general– tienen las tesis de corte psicológico y, correlativamente, han de permitir optar por una postura más acorde con la función eminentemente social que cumple el Derecho penal, reafirmando su íntima vinculación con la sociedad. Esto conlleva a optar por una perspectiva normativista, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es apreciado como un simple fenómeno psicológico que deba ser hurgado en la mente del autor ni, por ende, averiguado o dilucidado por el Juez penal. Todo lo contrario, pues la premisa de la que parten las concepciones normativas es la de que *los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para el Derecho penal*¹⁰⁶.

Antes bien, lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, “atribuir externamente una determinada actitud al agente”¹⁰⁷, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor, lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno

¹⁰⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 266; asimismo, “una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso” (p. 272).

¹⁰⁵ GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422: “una verificación de intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal”.

¹⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/José Miguel ZULGADÍA ESPINAR (coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 75; CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 242; ÍDEM, *Dogmática penal aplicada*, Ara Editores, Lima 2010, pp. 36 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Grijley, Lima 2004, p. 52.

¹⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, cit., p. 61.

(psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor¹⁰⁸.

En ese sentido, habida cuenta de la evidente falta de una definición legal de dolo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los contornos y contenido conceptual de tales elementos¹⁰⁹, despojándose de criterios ajenos al Derecho que solamente complican el juicio de imputación subjetiva y generan márgenes inadmisibles de inseguridad jurídica, pues al encomendarle al juez la titánica tarea de probar un hecho psíquico, se confía a la *convicción judicial* la decisión final sobre su prueba, es decir, se hace depender la resolución del caso, en última instancia, de un criterio puramente subjetivo. Como sostiene RAGUÉS I VALLÈS: “La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional”¹¹⁰.

De allí que la atribución de un sentido penalmente relevante al conocimiento deba regirse por determinados criterios *normativos* que doten de seguridad jurídica a la resolución de casos prácticos, teniendo en cuenta la particular trascendencia que tiene el juicio de imputación subjetiva y la consiguiente determinación del dolo o la culpa, según corresponda, pues no sólo el tipo culposo tiene contemplado siempre una pena inferior al doloso, sino que en muchos casos la ausencia de dolo determina la impunidad de la conducta, al no prever la ley penal expresamente una modalidad imprudente¹¹¹.

Si bien los criterios que rigen el proceso de atribución del *conocimiento penalmente relevante* serán desarrollados más adelante a propósito del tipo doloso y culposo, cabe aquí esbozar algunas de las importantes particularidades y consecuencias que trae consigo una concepción normativa de la imputación subjetiva. Como se ha señalado, una concepción normativista determina la relevancia penal de lo subjetivo a partir de una visión que va desde lo *externo* hacia lo *interno*: lo *externo* aquí se configura por el significado

¹⁰⁸ CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., pp. 239, 247 ss.; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422; HRUSHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ÍDEM, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 19 ss.; VOLK, “Concepto y prueba de los elementos subjetivos”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, 2002, pp. 411 ss.

¹⁰⁹ CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, cit., p. 40.

¹¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 270 (cursivas en el original).

¹¹¹ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

social perturbador de la conducta específica y lo *interno* por el sentido normativo que se atribuye al conocimiento¹¹². Precisamente aquí radica la importancia de adoptar el orden de análisis ya reseñado precedentemente (vid. *supra* apartado II), consistente en verificar primero si una conducta adquiere un significado socialmente perturbador para luego pasar a determinar si dicha conducta se imputa a título de dolo o culpa a quien la realizó.

El gran mérito, no obstante, de una postura normativista estriba en la determinación de lo que se ha venido denominando como conocimiento penalmente relevante, que no es sino el conocimiento concreto que el sujeto *debía tener* o, lo que es lo mismo, que se *espera* que tenga en el contexto social específico de su actuación. Así, en contraposición a las tesis de corte psicológico, a la imputación subjetiva desde una perspectiva normativista le interesa desde un comienzo lo que el actuante “debía saber” y no lo que meramente “sabía” o “podía conocer” al momento de actuar. Aquí precisamente radica el carácter *normativo* de esta forma de concebir la imputación subjetiva, pues para la determinación de lo que en un plano subjetivo es relevante para el Derecho penal, es necesario atribuir cierto conocimiento al sujeto que actúa (no constatarlo en su psique)¹¹³, un conocimiento que en el contexto de interacción en que se desarrolla esa actuación estaba obligado a tener. En otras palabras, determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder (se trata, por tanto, de *competencias de conocimiento*).

Esto tiene la inexorable consecuencia de que *el conocimiento jurídico-penalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica ni se averigua, sino que se imputa*. De ahí que la imputación subjetiva pueda ser definida como la atribución al autor, en atención a sus circunstancias personales y al concreto escenario donde se realiza la conducta, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas¹¹⁴.

Estos argumentos han recibido una aplicación práctica en la jurisprudencia del Subsistema Anticorrupción:

¹¹² CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 247.

¹¹³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 275: “las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo” (cursivas en el original). En ese sentido, asimismo, cfr. VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 95, II, 2008, p. 15.

¹¹⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª edición, Grijley, Lima 2007, p. 477; RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 21, para quien esta definición corresponde a un tercer modelo, distinto, por un lado, al modelo del ‘hombre medio’ (que advierte y prevé todos los peligros relevantes) empleado por un sector doctrinario en el ámbito de la imputación objetiva; y, por otro lado, al modelo utilizado en sede de culpabilidad, en el que se tiene en cuenta al imputado de forma individual, con todas sus anomalías y limitaciones personales.

“En el ámbito de la imputación subjetiva (...), el dolo es entendido como atribución al conocimiento en sentido o en clave normativo o ‘conocimiento de la acción junto con sus consecuencias’. Este conocimiento, es respecto de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. En este sentido, el dolo se configura solamente como el conocimiento de probabilidad de aparición del riesgo, lo que genera el deber de evitación, expresado como un deber de no emprender la acción riesgosa.

En síntesis, una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni verifica, sino que se imputa. Pero además que esta imputación no depende de indicadores externos al Derecho penal, sino que se materializa a través de criterios jurídico-penales. Si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor”¹¹⁵.

4. LA IRRELEVANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES PARA LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA.

La adopción de un modelo de Derecho penal que prescinde de cualquier referencia psicológica para la determinación del conocimiento penalmente relevante, tiene importantes consecuencias prácticas. Particularmente, los denominados *conocimientos especiales* constituyen un tópico en que se ponen de manifiesto las evidentes e insuperables dificultades que trae consigo una visión psicologicista de cara a explicar de un modo mínimamente razonable la imputación subjetiva. En este apartado, por tanto, se abordará la cuestión de si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, si aquellos que superen el conocimiento estandarizado que se debe tener en el ejercicio de un rol determinado¹¹⁶, pueden fundamentar o tener alguna consecuencia jurídica en el juicio de imputación.

Para dar una respuesta dogmáticamente coherente a esta cuestión debe partirse por las competencias de conocimiento a las que se hizo referencia en líneas precedentes, esto es, al *deber de conocer* que le impone al sujeto la posición específica que ocupa en el concreto contexto de interacción donde se desenvuelve. Ese deber de conocer no viene dado de forma genérica e

¹¹⁵ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00034-2011, de 20 de septiembre de 2011 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 7.4, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 577.

¹¹⁶ Cfr. el magistral trabajo de RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 202.

inmutable para todas las personas e interrelaciones sociales posibles, sino que adquiere un contenido particular y se perfila en función del contexto del contacto social en concreto. Es decir, las competencias de conocimiento se configuran siempre de modo contextualizado¹¹⁷.

En ese sentido, cabría preguntarse si debe responder penalmente como cómplice del delito de malversación de fondos el empresario que realiza una donación de dinero a una institución pública, aun cuando *sabe* que los funcionarios de la misma utilizan el dinero para fines personales; o si debe ser castigada como cómplice de peculado la secretaria que se limita a tramitar unos cheques firmados por el funcionario público encargado de administrar los caudales de una entidad pública, aun *sabiendo* que este último suele apropiarse sistemáticamente de ellos. El rasgo común de estos supuestos, como se aprecia, es que tanto el empresario como la secretaria tienen conocimiento de que su aporte será empleado por otro para fines delictivos.

Aquí se pone de relieve las diferentes consecuencias que trae consigo una concepción normativa –en la que se imputa un conocimiento, sobre la base de lo que el sujeto *debía conocer*– y una óptica psicológica, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es más que un dato naturalístico a constatar en la mente de la persona. De acuerdo a la postura aquí adoptada, resulta claro que el comportamiento realizado en los ejemplos propuestos responde simple y llanamente a una actividad cotidiana y socialmente estandarizada, que en sus respectivos contextos adquiere, por lo mismo, un significado neutral, ajustado a Derecho. Por lo tanto, dichas personas no pueden ser consideradas –en un sentido penalmente relevante– como parte de esa comunidad delictiva a la cual se hallan tan sólo psíquica y causalmente conectadas. Mejor dicho, no pueden ser calificadas jurídicamente como cómplices, aun cuando posean ciertos conocimientos especiales (conocimientos excedentes al rol), pues éstos, en el escenario concreto de actuación, no son más que datos psíquicos irrelevantes para el juicio de imputación penal. Sostener lo contrario conllevaría a penalizar todo lo que las personas saben y se representan, con lo cual un Derecho penal sometido a una visión psicologicista se convertiría peligrosamente en un orden normativo que castiga al ciudadano diligente y premia al ciudadano dejado: más le valdría entonces al ciudadano abocado a una actividad cotidiana ir por la vida como un auténtico ignorante, o como un “burro”, sin saber ni enterarse de nada,

¹¹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, “Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1, 2000, p. 143; CANCIO MELIÁ, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, cit., p. 76; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 476 s.; RAGUÉS I VALLÉS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 21; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 54, 191 ss.

porque, por saber un poco más de lo que realmente debería saber, puede terminar en la cárcel¹¹⁸.

Todas estas afirmaciones se basan en la existencia de espacios de libertad jurídicamente reconocidos a todo ciudadano en la actividad, profesión u oficio (art. 20, inc. 8 CP) que desempeñan de forma cotidiana, en tanto concreción de su derecho a la autodeterminación, consagrado como derecho fundamental en la Constitución Política¹¹⁹. Es evidente, pues, que el Derecho penal no puede castigar la realización de un derecho fundamental.

Sin embargo, a la luz de estas consideraciones, alguien podría preguntarse: ¿Ese ‘conocimiento’ no tiene ninguna relevancia para la imputación penal? ¿Es que acaso no se ha favorecido de algún modo la comisión de un delito? La respuesta debe ser *negativa* para ambas interrogantes: respecto a la *primera* cuestión, porque ese ‘conocimiento’ no es más que un dato meramente psicológico, un conocimiento que, completamente ajeno al ámbito de competencias de los actuantes, no les es jurídicamente exigible en el específico contexto de interacción social en que realizan su aporte. La sociedad no espera ni exige, pues, que los empresarios caritativos sepan las cualidades morales de los funcionarios que administran el dinero que donan ni qué van a hacer con él, ni tampoco que una secretaria encargada de hacer decenas de trámites documentarios al día, conozca o supervise la forma como su jefe maneja los fondos públicos que se le han confiado. Vale decir que se trata de una representación mental, como muchas otras que acompañan a cada momento a las personas en su vida cotidiana, que, como dato psíquico, carece de relevancia penal en la medida en que el actuante no tiene el deber jurídico de conocerlo ni aplicarlo en dicho contexto¹²⁰. Como lo afirma JAKOBS, “un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica”¹²¹.

En cuanto a la *segunda* pregunta, y precisamente por las razones expuestas, sería un total contrasentido imputar penalmente una conducta que, pese a los datos psíquicos del actuante, no pierde su carácter neutral o socialmente

¹¹⁸ Vid. CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 241.

¹¹⁹ Artículo 2º. Derechos fundamentales de la persona: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su *libre desarrollo de la personalidad* (...)”.

¹²⁰ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 58 ss., 83 s.; ÍDEM, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en ÍDEM, *Estudios de Derecho penal* (traducción de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles), Civitas, Madrid 1997, pp. 214 s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001, pp. 113 ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, pp. 46 ss.

¹²¹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 60.

adecuado. De acuerdo a esto, entonces, ni a la secretaria ni al empresario de nuestros ejemplos les era jurídico-penalmente exigible, en sus respectivos contextos sociales, un deber de conocer los fines ilícitos que perseguían los funcionarios públicos con los que se interrelacionaron, por lo que, aun conociéndolos, la solución es siempre la misma: su conducta, al estar socialmente tolerada, carece de relevancia penal, aunque los actuantes posean determinados conocimientos especiales, los que en realidad son ajenos a su posición social específica en el contexto de la interacción.

Si bien al comienzo esta solución pueda generar ciertas dudas o sinsabores, éstos desaparecen si se considera que la presencia de conocimientos especiales *per se* no significa que el actuante adapte su intervención a la comunidad delictiva que protagonizan, en los ejemplos señalados, los funcionarios públicos desleales con la administración pública¹²². Aquí opera en toda su amplitud, como ya se podrá advertir, la *prohibición de regreso*. Por ello, no se puede decir que empresario y secretaria han favorecido la comisión de delitos contra la administración pública, por lo menos no desde un punto de vista *normativo*, que es el único que le interesa al Derecho penal como ciencia jurídica. Seguramente en un plano causal-naturalístico, podría afirmarse que sí hubo tal favorecimiento, pero esto resulta totalmente irrelevante para el juicio de imputación penal.

Una rápida constatación de los sucesos reales acaecidos cotidianamente permite demostrar la capacidad de rendimiento que exhibe una postura que opta por la irrelevancia de los conocimientos especiales como fundamento del juicio de imputación subjetiva. Esto se puede apreciar con notoriedad en la aplicación práctica de estos planteamientos, como es el caso de una sentencia de la Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, donde se reconoce que los conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal en la medida que no son alcanzados por el deber jurídico:

“En relación a los conocimientos especiales, según la teoría de la imputación objetiva es irrelevante o no el conocimiento especial, lo importante es establecer si existe el deber de saber o de indagar, ya que si los conocimientos pertenecen al rol en que actúa no es posible devincularse de ellos; solo en la medida que el conocimiento se ajuste con el rol, es decir, si dentro de las expectativas que lo integran se incluye

122 CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., pp. 58 ss.; GARCÍA CAVERO, “La prohibición de regreso en el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / GARCÍA CAVERO, Percy, et al., *Estudios de Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2005, pp. 70 ss.

la de ‘deber saber algo’ se puede fundamentar que se deba utilizar ese conocimiento para evitar un determinado resultado”¹²³.

Una noticia difundida en los medios de comunicación dio cuenta que un presunto delincuente con amplio prontuario delictivo fue capturado por la policía, luego de haberse sometido a una operación quirúrgica para adelgazar y poder así dificultar su identificación y detención por parte de las autoridades competentes¹²⁴. Cabría preguntarse en este contexto: ¿Debe responder penalmente por delito de encubrimiento personal el médico que llevó a cabo el procedimiento quirúrgico, aun cuando se haya enterado por las noticias periodísticas que su cliente era un delincuente prontuariado? En la medida en que se entienda que el acto médico practicado constituye un servicio estandarizado que se puede obtener en cualquier otra parte, la respuesta habrá de ser *negativa*.

Precisamente en este orden de consideraciones acabadas de esgrimir radica la plena congruencia de una concepción normativista con la función social que ha de cumplir el Derecho penal, pues en tanto sistema social, éste no puede entorpecer ni estar de espaldas a los contactos sociales anónimos que caracterizan a la sociedad moderna. En definitiva, un dolo psíquico no ofrece respuestas coherentes cuando es indispensable delimitar ámbitos de responsabilidad en este tipo de contactos sociales en los que, como ya se adelantó, las simples representaciones o pensamientos, por su carácter ilimitado y por ende difícilmente determinable, no pueden dar sustento a la imputación subjetiva. De ahí que, como lo señala FEIJÓO SÁNCHEZ, los conocimientos especiales sólo adquieren relevancia para el tipo penal cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma¹²⁵; mejor dicho, sí es exigible su aplicación, pero sólo porque una norma así lo dispone por tratarse ya de un conocimiento *normativo*, perteneciente a un rol determinado, ajeno por completo ajeno al conocimiento psíquico *per se* intrascendente para el Derecho penal.

¹²³ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 18, en CASTAÑEDA OTSU, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, p. 472.

¹²⁴ Puede verse más detalles sobre esta noticia en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1506082/noticia-gordo-tobi-fue-capturado-mancora-operarse-bajar-peso> (consulta: 7 de diciembre de 2012).

¹²⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 114. Este autor sostiene que, correlativamente, los “desconocimientos especiales” constituyen un problema relacionado con el riesgo permitido y no con la intención del autor (p. 117).

5. EL DOLO.

5.1. La configuración del dolo a partir del conocimiento. La falta de necesidad de la voluntad

De antemano, debe partirse de una premisa que ya puede deducirse fácilmente de los anteriores apartados y que está referida al contenido del dolo: éste se halla conformado solamente por el conocimiento, lo que significa que, para afirmar su existencia, bastará con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica¹²⁶.

Como es evidente, esta forma de apreciar el contenido del dolo se distingue de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como la consciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal¹²⁷; es decir, se halla constituido por una especial relación subjetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Esta marcada diferencia en la configuración del dolo se explica palmariamente si se considera, por una parte, el contexto en que fueron y son formulados hasta hoy los planteamientos tradicionales y, por otra, la función que se le atribuye al Derecho penal. De este modo, si se entiende que el Derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos (v. gr. la vida, el cuerpo, el patrimonio) de ataques dirigidos a lesionarlos, resulta claro que las acciones más graves serán aquellas que, en un plano subjetivo, se encuentran impulsadas por una voluntad o intención específicas de conculcar el bien jurídico.

Por el contrario, en un Derecho penal cuyas normas se orientan a prohibir la creación de riesgos no permitidos y garantizar la vigencia de ciertas expectativas sociales de conducta, la actuación más grave desde un punto de vista subjetivo será aquella en la que la persona tiene pleno conocimiento de la generación de esos riesgos no permitidos, no siendo ya necesario constatar un

¹²⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, § 8, núm. marg. 8; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 404.

¹²⁷ Cfr. en ese sentido, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 8, núm. marg. 66: “(...) la definición tradicional del dolo expresa algo completamente correcto: forma parte de él, además del conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal por medio de la conducta propia, una determinada actitud interior, que puede ser caracterizada, mientras sea consciente de la imperfección de la expresión, con la fórmula tradicional que se mantiene hasta hoy, como *voluntad* de realizar el hecho” (cursiva en el original). En la doctrina nacional defiende esta postura VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354; también HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1178, quien sostiene que el hecho de que la ley no haya definido al dolo como conformado por la consciencia y voluntad, “no significa en absoluto que deba abandonarse esa concepción”.

elemento volitivo dirigido a ese fin. Sería insulso, pues, exigir una “voluntad de creación de riesgos prohibidos”, cuando existe ya un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos. Teniendo en cuenta que los conceptos dogmáticos deben determinarse siempre en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se muestra a todas luces como la más consecuente¹²⁸.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que esta postura tradicional –que concibe al dolo como consciencia y voluntad del tipo objetivo– ha venido siendo progresivamente abandonada por la doctrina, de suerte que hoy en día puede afirmarse que, de modo implícito o explícito, *el dolo se concibe sólo como conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo*¹²⁹. Este giro conceptual obedece en realidad a diversas razones, entre las que aquí cabe destacar el hecho de que una aplicación coherente del dolo conformado también por la voluntad o la intención llevaría a considerar como delito imprudente supuestos que a todas luces se aproximan claramente al merecimiento de pena propio del delito doloso. Precisamente, la clásica tripartición del dolo (directo, de segundo grado y dolo eventual) responde a ampliaciones del concepto de dolo construidas para no tener que castigar como simples imprudencias conductas que se muestran mucho más graves y cercanas al delito doloso¹³⁰.

Así, en el doctrinariamente conocido caso del sujeto que coloca una bomba en un edificio para matar a su enemigo, pero cuya explosión termina acabando con la vida de varias personas que también ocupaban el inmueble, o en aquel caso del sujeto que atropella a un niño tras conducir a alta velocidad por una vía cercana a un colegio pese a representarse que en ese momento los estudiantes podían transitar por el lugar, el elemento volitivo se va difuminando al punto de quedar prácticamente imperceptible. Esta situación obliga a las teorías que definen el dolo como voluntad o intención, a tratar a toda costa de encontrar este elemento en sucesos –como los acabados de señalar a título de ejemplo– en que esto resulta sumamente difícil, incluso para el ciudadano promedio. ¿Alguien podría afirmar inequívocamente que los sujetos de los ejemplos quisieron matar a los ocupantes del edificio o a los niños que salían del colegio?¹³¹

¹²⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 481.

¹²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 13.

¹³⁰ BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., p. 78, para quien la forma básica del dolo debe ser en estricto el dolo eventual, de modo que las demás formas tradicionales del dolo han de desaparecer; RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., pp. 13 s.

¹³¹ Esto lleva a que BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., p. 70, se pregunte: “¿puede haber un elemento esencial del dolo que sólo aparezca en una de las tres formas reconocidas del concepto?”.

De allí que los defensores de estas tesis volitivas acaben postulando que quien simplemente *acepta, asume, se conforma, se toma en serio o se resigna* con la realización del tipo objetivo¹³², para el Derecho penal *quiere* dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente¹³³. De lo contrario, esto es, si no se ampliara el concepto de dolo en estos términos, supuestos como los mencionados tendrían que ser castigados a título de mera imprudencia, algo que prácticamente nadie defiende en la actualidad¹³⁴. Sin embargo, parece claro que lo forzado de una argumentación como ésta, que pretende ver voluntad o intención allí donde sólo hay una vaga representación y que, por ende, deduce automáticamente ese elemento volitivo de “la actuación pese al conocimiento”, no resulta dogmáticamente aceptable y arroja muchas dudas sobre su necesidad y coherencia. No obstante ello, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la extendida doctrina de corte psicologicista para la que existe una clasificación tripartita del dolo basada en los grados de probabilidad del resultado lesivo:

“(...) el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos sub-materia, habría que aceptar el descabellado razonamiento que éstos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se *representaron como probable* el hecho que ésta, al arrojarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorberse los...”¹³⁵.

Las inconsistencias expuestas se revelan visiblemente cuando se traslada una concepción volitiva del dolo al ámbito de los delitos de mera actividad, en los que resultaría manifiestamente innecesario exigir de modo indispensable la concurrencia de voluntad o intención¹³⁶. Así, por ejemplo, sería absurdo sostener que no actúa dolosamente quien ingresa a un domicilio ajeno sabiendo que no cuenta con autorización de su titular, pero “sin haber querido hacerlo”. Esto ha motivado que la doctrina sostenga que la clásica tripartición del dolo, basada

¹³² Las expresiones de esta índole, constatables en la literatura, son incontables y obedecen más a un juego de palabras que a un intento real de establecer reglas de imputación de hechos, como lo pone de relieve FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. pp. 35 s.

¹³³ En este sentido, WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª edición (traducción Juan Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993, p. 81, sostiene: “si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia”.

¹³⁴ Cfr. en ese sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 49.

¹³⁵ Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 6239-97, Ancash (cursivas añadidas).

¹³⁶ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 91, quien señala acertadamente que en estos casos para afirmar el dolo basta el conocimiento de los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo.

en una graduación de la intensidad de la voluntad, haya sido concebida única y exclusivamente para los delitos de resultado¹³⁷.

Sobre la base de este orden de consideraciones se ha ido fortaleciendo el progresivo abandono del pretendido elemento volitivo en el dolo¹³⁸. Es más, cabe afirmar que la postura que opta por prescindir del elemento volitivo es plenamente coherente con lo establecido por el Derecho positivo, el cual arroja mayores luces sobre la irrelevancia del mismo para el concepto jurídico-penal de dolo. Como en otras legislaciones comparadas, si bien el Código penal no contempla una definición expresa de dolo, sí ofrece un concepto negativo del mismo, es decir, indica lo que no es dolo, aquello que no se debe considerar como la forma más grave de injusto que prevé el ordenamiento penal, estableciendo así una diferenciación entre dolo e imprudencia. En efecto, el artículo 14º del Código penal¹³⁹ establece que no existe dolo cuando se presenta un error o, lo que es lo mismo, cuando el hecho realizado por el autor no es abarcado por su conocimiento¹⁴⁰.

Por consiguiente, a partir de este precepto una conducta sólo puede ser dolosa cuando el autor tenía un conocimiento suficiente sobre las circunstancias de un suceso que se ajusta a la hipótesis del tipo penal. De este modo, resulta fácil apreciar que el Código penal no se refiere en ningún momento a la voluntad como elemento del dolo; de hecho, no exige (a diferencia del derogado Código penal de 1924)¹⁴¹, ni positiva ni negativamente, el elemento volitivo, como sí lo hace con el conocimiento, que es el componente nuclear del artículo 14º para determinar lo que no debe ser castigado a título de dolo. En esa misma línea, mientras el Código penal prevé una atenuación de la pena

¹³⁷ RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 15.

¹³⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 8, núm. marg. 5 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires 1999, pp. 316 ss., 319 s.; BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., pp. 67 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 23 ss., 52 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 177 ss., 323 ss.; ÍDEM, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., pp. 16 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992, pp. 401 ss. En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 481 ss.; ÍDEM, *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 405 s.; CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., pp. 247 ss.

¹³⁹ *Artículo 14º.- Error de tipo y error de prohibición*

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

¹⁴⁰ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 316 s.: “Por lo tanto, una correcta comprensión de los problemas del error es imposible sin considerar previamente la noción de dolo”; CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 245; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 25.

¹⁴¹ El cual establecía, basándose en la fórmula suiza, que una infracción penal era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. A decir de HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1175, la omisión del legislador del Código penal actual al momento de definir el dolo es insatisfactoria, debido a lo incipiente de la doctrina nacional y a la formación insuficiente de los jueces.

cuando falta el elemento cognitivo, no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de ausencia de voluntad o intención para realizar el tipo objetivo, lo que evidencia inequívocamente la irrelevancia que tiene este elemento para la ley penal¹⁴².

A partir de este análisis jurídico-positivo, queda claro que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho penal en tanto elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva. Ciertamente es posible que para algunos tipos penales el elemento volitivo pueda cobrar mayor peso por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva, pero esta cuestión –derivada más de una técnica legislativa en particular– no torna dogmáticamente indispensable su concurrencia para afirmar el dolo¹⁴³. En otras palabras, es posible que en la realización del tipo objetivo concorra la intención o voluntad del autor, pero estos elementos son inherentes a la acción misma y no constituyen un requisito de la imputación dolosa¹⁴⁴. Por el contrario, como ya se ha resaltado, el dolo no es sino el conocimiento sobre la existencia del riesgo típico, a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización; en otras palabras, quien conoce plenamente el riesgo generado por su comportamiento, actúa con dolo¹⁴⁵. Sostener lo contrario, exigiendo necesariamente la concurrencia de un elemento volitivo, llevaría a privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros más prudentes, como ya se señaló en líneas precedentes. Para demostrar esta afirmación, basta atender a los siguientes ejemplos:

- a) Un sujeto ofrece a su novia una bebida envenenada con un potente veneno para darle un escarmiento por haberle sido infiel; esta última, luego de beberla, muere a los pocos minutos. En su defensa, el sujeto aduce que en efecto sólo lo hizo para “darle una lección” a su novia por haberle sido infiel, pero que no quiso matarla debido al inmenso amor que aún sentía por ella, lo cual es corroborado en el proceso penal, inclusive, por los familiares de ésta.

¹⁴² CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 245. La misma situación a nivel de Derecho positivo se presenta en España; cfr. BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., pp. 69 s.

¹⁴³ Como sostiene FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 28, quien no hace nada por evitar un riesgo y, por el contrario, asume, acepta o consiente el resultado lesivo, sólo pone en evidencia un requisito más emocional que volitivo, que no sería más que un “adorno” a efectos de imputación. Por su parte, BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., p. 70, se refiere a un “fenómeno psíquico acompañante”; vid. asimismo, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 406.

¹⁴⁴ Es más, los jueces pueden tener en cuenta la intención inequívoca (dolo directo), el dolo de segundo o dolo eventual al momento de individualizar la pena, pues en los supuestos de dolo directo la desautorización de la norma es más evidente y el autor se distancia de forma más decidida de los parámetros de conducta ocial establecidos por el ordenamiento jurídico. Cfr. en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 42.

¹⁴⁵ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317.

- b) Un sujeto prepara en una botella un potente veneno para ratas a fin de acabar con la plaga que ha detectado en su casa, pero la deja sin darse cuenta sobre la mesa de la cocina. Al cabo de unos días, al efectuar la limpieza de la cocina, guarda esta botella junto con otros alimentos en el refrigerador, pensando que se trataba de una bebida gasificada. Su suegra bebe de esa botella creyendo también que se trata de una refrescante bebida, muriendo a los pocos minutos.
- c) El juicio de imputación subjetiva a partir de una teoría volitiva llevaría a ofrecer una misma respuesta para ambos casos, pese a que el primero revela una conducta ostensiblemente más desvalorada que el segundo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. En efecto, ante la ausencia de un elemento volitivo o intencional, se tendría que afirmar que la conducta en ambos supuestos es meramente imprudente. Sin embargo, esta solución se muestra manifiestamente arbitraria, pues la imputación no puede depender de la posibilidad absolutamente aleatoria de que el autor sea un empedernido optimista o un simple temerario. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto “no haya querido” ocasionar el resultado lesivo, “haya confiado” en que el resultado no se iba a producir o que no se “haya tomado en serio” la realización de dicho resultado. Lo que interesa a la imputación subjetiva, antes bien, es que el sujeto conozca la situación concreta de riesgo, esto es, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance, enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado lesivo que esa situación pueda producir, no pudiendo dejar al azar esta cuestión ni eximirse de responsabilidad (a título de dolo) por esas consecuencias lesivas.

Por ello, una perspectiva normativa ofrece una solución más coherente y ciertamente más justa: en el caso a) el sujeto conocía perfectamente la situación de riesgo que se generaba al ofrecer a una persona una bebida con un potente veneno, por lo que no había ninguna razón para que “no tomara en serio” o “no contara” con que la muerte de su novia no se iba a producir: “El que ‘tiene el hecho típico ante sus ojos’ ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por haber confiado”¹⁴⁶. Situación muy distinta a la del supuesto b), en que la representación del sujeto no abarcaba cabalmente la situación

¹⁴⁶ FELIÓ SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 32.

de riesgo creada, esto es, su conocimiento no coincidía plenamente con la realidad, por lo que ese conocimiento defectuoso imputable a él determina la imputación a título de imprudencia.

5.2. La prueba del dolo

En definitiva, una teoría integral del dolo no se debe limitar a definir este elemento subjetivo, sino que también debe proporcionar las herramientas para saber cómo comprobarlo en el proceso penal, es decir, debe ofrecer criterios válidos y seguros para probar los conocimientos del autor al momento de delinquir¹⁴⁷. Como ya se ha expuesto anteriormente, en una visión normativista del problema, el dolo no es más un elemento psíquico que deba buscarse en la cabeza del autor, pues se trata de un elemento que, en cualquier caso, se encuentra en la cabeza del fiscal o del juez, es decir, de quien se encarga de valorar el suceso concreto y probar el conocimiento del autor sobre la creación de un riesgo jurídicamente prohibido¹⁴⁸. De este modo, ya no es necesario ponerse en lugar del autor y desde ahí hacer una valoración para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación¹⁴⁹. Por el contrario, como ya se indicó, teniendo en cuenta que el dolo es en última instancia la imputación de una forma del conocimiento (aquella que se estima penalmente relevante), debe partirse del contexto de la acción, pues éste permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer al momento de realizar la conducta concreta y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado.

En este análisis, entonces, cobran fundamental relevancia los datos externos, objetivamente constatables, que rodean la actuación del sujeto, esto es, el contexto social concreto en que tiene lugar su comportamiento, pues será dicho contexto el que finalmente defina la atribución de ese conocimiento a título de dolo¹⁵⁰. Así las cosas, el contexto social no es otra cosa que el contexto del significado normativo de la conducta, pues si la imputación penal se basa en la infracción de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta (el único relevante para el Derecho penal) se deducirá de cómo la

¹⁴⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., pp. 16 s.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 61: “El problema de la prueba del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo”.

¹⁴⁸ Cfr. VOGEL, “Dolo y error”, cit., p. 9.

¹⁴⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 491.

¹⁵⁰ HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161, quien se refiere a las circunstancias externas del caso concreto; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; IDEM, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., pp. 19 ss.; VOLK, “Concepto y prueba de los elementos subjetivos”, cit., pp. 411 ss.: “El dolo se infiere a partir de las circunstancias externas y una eventual oposición a esta inferencia sólo puede prosperar si se aportan circunstancias externas distintas que pongan en tela de juicio la plausibilidad de tal inferencia” (p. 426).

persona se comporta –en observancia o no del deber– en ese espacio concreto de interacción social¹⁵¹. Así, por ejemplo, el funcionario que tiene a su cargo el cuidado y almacenamiento de alimentos perecibles destinados a programas de apoyo social, en razón de su estatus social debe conocer y tomar las medidas mínimas para la conservación de tales alimentos, por lo que si procediera a distribuir los mismos en estado de descomposición y se produjera la muerte de sus beneficiarios, no podrá alegar en su defensa el desconocimiento de esas medidas o que no se representó las consecuencias lesivas de su conducta o que confió en que éstas no se iban a producir.

Como se viene afirmando, lo que el sujeto *debía saber* se determina en función de la posición específica que ocupa en el contexto de interacción, pues precisamente esa posición permitirá saber qué conocimiento le es exigible a la persona en esa particular situación, careciendo de toda importancia que sabía efectivamente o que pudo saber. Si lo que el sujeto sabe o pudo saber fuera suficiente para fundamentar la imputación subjetiva o si ésta dependiera de meras representaciones psíquicas sobre posibles resultados, entonces toda imaginación o pensamiento o, en general, todo dato causal indeterminable podría dar contenido a la imputación. En el caso acabado de señalar, esto significa que carecerá de toda relevancia inquirir lo que el funcionario supo o pensó cuando procedió a distribuir los alimentos en mal estado, sino lo que *debía saber*; y lo que debía saber se determina en función del contexto de su acción, el cual obligaba a este funcionario, por la naturaleza perecible de los productos que tenía bajo su responsabilidad, a adoptar especiales medidas de salubridad y conservación antes de distribuir y entregar tales alimentos a las personas a quienes estaban destinados, de modo que no podría librarse de una imputación por delito doloso alegando un mero desconocimiento de las referidas medidas de conservación.

De lo dicho se deriva la central importancia de los datos que aporta el contexto social que rodea la conducta enjuiciada para la atribución del conocimiento propio de la imputación dolosa, pues permite establecer los deberes jurídicos a los que el sujeto se halla inexorablemente vinculado y que éste no puede desconocer alegando simple desconocimiento, como ya se vio. Y es que la imputación penal exige necesariamente la contextualización de la conducta enjuiciada. Una persona fumando un cigarrillo por la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace muy cerca de una estación de gasolina, es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa. El contexto específico en que se desarrolla la acción, por tanto, resulta

¹⁵¹ CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., pp. 251 s.

determinante para la imputación penal y permite definir los conocimientos que le son exigibles en ese particular escenario¹⁵². Desde luego, como ya debe haber quedado claro al hilo de la exposición, sólo se puede imputar aquel conocimiento que le era jurídicamente exigible al sujeto en el contexto de la acción.

En ese orden de ideas, dadas las evidentes dificultades que implica la demostración de un conocimiento psicológico en la mente del autor, los criterios tradicionales para la determinación del dolo, bastante extendidos hasta nuestros días, recurren principalmente a dos figuras para probar dicho conocimiento: por un lado, la *confesión autoinculpatoria*, que según se entiende, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, pues sólo el autor sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y por otro lado, la *prueba de indicios*, que no es sino la aplicación por parte del Juez de determinadas máximas de la experiencia a hechos objetivos previamente probados¹⁵³. Sin duda, este último es el criterio más frecuentemente utilizado por los tribunales para atribuir conocimientos, puesto que las confesiones autoinculpatorias no son muy comunes en la práctica forense¹⁵⁴. Sin embargo, el recurso a estos dos criterios sólo tiene una utilidad práctica cuando, como resultado de su valoración, se produce en el juez la íntima convicción de que el suceso ha acontecido realmente. Es decir, sólo sirven para dar contenido o algún sustento a la íntima convicción judicial acerca de cómo se desarrolló el suceso.

El gran problema con esta forma de proceder se presenta en que la íntima convicción judicial se enlaza con una libre valoración de las pruebas, lo que redundaría en una conclusión con una carga altamente subjetiva. Es innegable, pues, que las convicciones personales son algo sumamente variable en función de una persona u otra, por lo que si se hiciera depender de un criterio tan subjetivo y cambiante la valoración probatoria, el juicio de imputación subjetiva se tornaría peligroso y arbitrario. En la práctica forense, como ya se tuvo oportunidad de demostrar, esto implica que dos casos idénticos pueden tener soluciones radicalmente opuestas, viéndose la sociedad obligada a dar por correctas ambas soluciones¹⁵⁵.

¹⁵² CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 251.

¹⁵³ Cfr. VOGEL, “Dolo y error”, cit., p. 15; BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., p. 79.

¹⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 18.

¹⁵⁵ Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 133, y se colige claramente de lo hasta aquí expuesto, los procesos psicológicos muestran siempre una mayor dificultad procesal.

Precisamente para corregir los problemas a que puede conducir este método de probanza, se plantean límites y parámetros objetivos a la íntima convicción: las reglas de la experiencia. Estas reglas, desde luego, no deben ser construidas o inventadas por el juez para cada caso concreto, sino debe buscarlas en el ámbito de la interacción social, teniendo como base los elementos configuradores del tipo penal. Según cómo estén configurados los elementos del tipo podrá establecerse qué es lo que el sujeto debía conocer en la interacción social concreta. Por ejemplo: el tipo penal del encubrimiento real (art. 405 CP) sólo se acreditará si quien “procura la desaparición de las huellas o prueba del delito” u “oculta los efectos del mismo” sabe que esas huellas, pruebas o efectos proceden de un delito. ¿Pero cómo probar que sabía? Los elementos objetivos externos a la acción nos darán la respuesta en función de las reglas de la experiencia, porque en este caso el tipo subjetivo requiere una probanza de conocimiento con certeza y no una mera presunción o sospecha de conocimiento. Se deberá valorar en conjunto la posición de la persona en la interacción social, el grado de vinculación con el tercero que incurrió en el delito precedente, las declaraciones y testimoniales, el cruce de información obtenida mediante la intervención sobre el secreto de las comunicaciones, el levantamiento del secreto bancario, etc.

A este respecto es ilustrativa una ejecutoria suprema donde se realiza un análisis en conjunto de los elementos externos a la acción en el delito de encubrimiento real para determinar finalmente su atipicidad subjetiva:

“Noveno: Que, en esta línea, es de concluir, en lo que atañe a la tipicidad subjetiva del delito, que la inculpada A.B.C.R.T., cuando recibió el dinero y las joyas de su co-acusado ausente N.A.R.G., desconocía que los mismos tenían procedencia de la comisión de un delito determinado, concreto y específico en los que habría participado el testigo Víctor Alberto Venero Garrido, debido a que no se ha acreditado que ella haya conocido de manera directa y minuciosa las actividades a las que se dedicaba dicho testigo; más aún si sólo era enamorada de su hijo Alberto Venero Nazar desde el mes de enero del año dos mil, aspecto corroborado por este último en su manifestación policial (...) así como en su declaración testimonial (...); no vivía en la casa de dicho testigo, sino en el domicilio de su padre (...), lugar donde se produce la intervención policial (...), y no trabajaba en ninguna de sus empresas, ni existe prueba alguna que acredite que haya participado en algún negocio o actividad que la involucrara en el conocimiento de las presuntas actividades delictivas; Décimo: Que, en síntesis, se concluye que la imputada A.B.C.R.T. actuó dentro de la esfera de la confianza que le tenían Alberto Venero Nazar -su enamorado en ese entonces- y el padre de este último Víctor Alberto Venero Garrido, quienes al unísono han expresado en sus diversas declaraciones que aquélla desconocía de las actividades a las que se dedicaba el segundo de los mencionados,

quien, además, ha enfatizado que la precitada nunca supeditó “ese favor” -el de guardar las joyas y el dinero- a determinada exigencia patrimonial, económica o afín; y, por el contrario, demostró transparencia en ese accionar que se ha calificado como delictivo y que a nivel de esta instancia se ha desvanecido”¹⁵⁶.

De este modo, sólo podrá atribuirse correctamente los conocimientos al imputado cuando el Juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia cuya vigencia, desde una valoración social, es indiscutible, de suerte que se pueda afirmar que, presupuestos ciertos datos objetivos propios del contexto, una persona debía necesariamente conocer los hechos¹⁵⁷. Siendo esto así, es evidente que tales hechos le son plenamente imputables a título de dolo, pues el sujeto conocía perfectamente la conducta que realizaba y los riesgos implícitos.

Retomando los ejemplos señalados en el acápite anterior (vid. *supra* V.1.), en el caso del sujeto que envenena a su novia para “darle una lección”, el juez deberá efectuar una valoración desde una perspectiva social a fin de determinar si, aun cuando sea cierto que el sujeto tenía profundos sentimientos hacia su novia, conocía los riesgos inherentes a su conducta. Y según las reglas de la interacción social vigentes, resulta claro que un líquido con un potente veneno implica necesariamente un altísimo riesgo mortal para quien lo ingiera. De esta forma, al conocer que su novia está tomando ese líquido, se entiende desde un punto de vista social que también conoce que su conducta era apta para producirle la muerte¹⁵⁸. La sociedad no acepta, pues, que alguien que realiza una conducta valorada como inseparable de la creación de determinados riesgos, pueda dejar de representarse su idoneidad lesiva en el concreto momento en que actúa, con total independencia de lo que el sujeto *quiso* o *sentía* por la víctima, lo cual, en cualquier caso, podría tener alguna relevancia para la configuración concreta del juicio de culpabilidad, mas no para la imputación subjetiva¹⁵⁹.

Como se puede ver, una perspectiva normativa que atienda a referente sociales exhibe una mayor capacidad de rendimiento para la práctica forense, pues la actividad probatoria ya no se centrará en los conocimientos

¹⁵⁶ Véase el texto completo de la ejecutoria en URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima 2011, pp. 80-84.

¹⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 20.

¹⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 469 s.: “cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto ‘conocimiento situacional’, se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación”.

¹⁵⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 42, 68 s.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 227 s.

psicológicos del autor al momento en que actuó, sino en la contextualización de su actuación, a fin de determinar las competencias de conocimiento, es decir, qué debía conocer, para poder finalmente imputarle ese conocimiento.

Aunque pueda parecer que estas reglas sociales de la experiencia conlleven los mismos riesgos de subjetividad que la prueba por indicios, esto no es así en realidad. El último método en su visión tradicional está sometido a la íntima convicción judicial, de suerte que puede ser declarado como indicio todo aquello que según la libre valoración judicial reúne las condiciones para tales efectos. En una perspectiva normativa, basada en criterios de la interacción social, esa íntima convicción queda limitada a un estándar objetivo fijado por el tipo penal en virtud del cual son sometidos los elementos externos de la acción al juicio de imputación subjetiva.

6. LA CULPA.

6.1. La culpa como error

En un Derecho penal que se orienta a garantizar ciertas expectativas sociales de conducta, de las que se deriva el deber de evitar la creación de riesgos jurídicamente inadmisibles, la configuración normativa de la culpa no puede resultar sustancialmente distinta a la del dolo. Tanto en uno como en otro caso, no es necesario determinar lo que el autor sabía, pensó o sintió al momento de la acción típica, sino lo que debía conocer¹⁶⁰. No obstante, la imputación subjetiva de la culpa tiene ciertas particularidades que la distinguen de la imputación dolosa. En la culpa o imprudencia¹⁶¹ no se imputa el pleno conocimiento de la situación de riesgo y de su entidad para defraudar las referidas expectativas sociales, sino un conocimiento de menor grado que, sobre la base de ciertos criterios normativos, permite afirmar tan sólo la posibilidad de haber conocido la realización del tipo objetivo¹⁶².

Por tanto, de antemano puede afirmarse que mientras en la imputación subjetiva del dolo existe un deber de conocer, en la imputación culposa se

¹⁶⁰ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4, para quien la culpa es sólo un concepto más general que el dolo. De opinión distinta, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002, p. 606: “La imprudencia no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que es algo diverso a éste”.

¹⁶¹ Nuestro Código penal, al igual que muchos cuerpos normativos de la región, han optado por emplear los vocablos ‘culpa’ y ‘culposo’. No obstante, tanto a nivel legislativo como doctrinario, se ha considerado más adecuado referirse a los términos ‘imprudente’ o ‘imprudencia’, a fin de separar esta categoría delictiva de nociones moralistas o religiosas y diferenciarla claramente de la culpabilidad jurídico-penal. Cfr. al respecto, RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 33, nota 1.

¹⁶² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5.

exige un deber de evitar acciones riesgosas cognoscibles¹⁶³. En otras palabras, si el dolo es el producto de la decisión del autor de realizar un hecho típico, teniendo los datos suficientes para calcular esa posibilidad, la imprudencia comporta una decisión de realizar un hecho típico sin que el autor tenga a su alcance todos los datos que el tipo penal considera relevantes; es precisamente esa decisión de actuar sin contar con la información actual necesaria la que configura una falta de cuidado y, a su vez, lo que da lugar a la imputación subjetiva por imprudencia¹⁶⁴.

En esa línea, si la imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que encierra, entonces la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta. Aquí cobran especial vigencia los alcances del ya citado artículo 14º del Código Penal, el cual define lo que no debe entenderse como una actuación dolosa¹⁶⁵. Por consiguiente, la culpa, a diferencia del dolo, se configura a través de actos en los que falta el conocimiento actual sobre los riesgos prohibidos que deben evitarse¹⁶⁶ o, más específicamente, sobre las circunstancias fácticas que hacen que un comportamiento, en un determinado contexto, suponga un riesgo típico. Si bien ambas formas de actuación tienen en común el deber de evitar la creación de riesgos con potencial lesivo, la imprudencia presenta la particularidad de que el conocimiento sobre esa situación no se encuentra actualizado por parte del autor, como sucede en el delito doloso, en el que sí existe un conocimiento íntegro y actual sobre la creación de un riesgo prohibido con idoneidad lesiva para lesionar intereses jurídicos ajenos. A la luz de la regulación positiva vigente, cabe afirmar entonces que la culpa no es sino un supuesto de error de tipo vencible¹⁶⁷.

¹⁶³ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 2; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 560 s.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 53, para quien, en la línea jakobsiana, resulta clara la existencia de un tipo subjetivo tanto en los delitos dolosos como culposos: “En el caso de los comportamientos dolosos, el tipo subjetivo estaría conformado por el conocimiento de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que en las conductas imprudentes estaría conformado por la cognoscibilidad de la creación de ese riesgo no permitido”.

¹⁶⁴ FEIJÓ SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54. Para KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima 2007, p. 47, el autor imprudente sólo dispone “de un saber actual limitado” en relación al autor doloso, quien, según sostiene, “asume, con una cierta probabilidad, que un determinado comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo, y es precisamente por esto que él tenía que evitar este comportamiento”.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 339 ss., resaltando que esta postura era ya defendida desde antiguo en la dogmática de la culpa, por *von Liszt*, quien sostuvo que “el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho”; FEIJÓ SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54: “El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo”.

¹⁶⁶ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4.

¹⁶⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 1; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 41 s.

En este contexto, debe quedar claro que la diferencia entre dolo e imprudencia radica en los diferentes niveles o grados de conocimiento al momento de tomar una decisión de actuar. Naturalmente, toda acción humana se guía por un factor volitivo, pero como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores apartados, éste no es indispensable para la fundamentación del juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o de culpa. Como lo señala SILVA SÁNCHEZ, “la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza en forma voluntaria, y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”¹⁶⁸.

Por consiguiente, entendiendo que se trata de un error sobre el riesgo típico, la culpa se configura a partir del insuficiente conocimiento del hecho y de la vencibilidad de dicho error, criterios de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de conocer (cognoscibilidad) el potencial lesivo de su conducta¹⁶⁹. Ahora bien, esta cognoscibilidad no puede determinarse de forma arbitraria, sino de modo normativo, sobre la base de criterios objetivos que garanticen un correcto juicio de imputación subjetiva y que permitan optar por la atribución propia del delito doloso o la del culposo. Para estos efectos, nuevamente, debemos atender al contexto social concreto en que tiene lugar la conducta enjuiciada y a las capacidades individuales del autor, pues de la posibilidad que tuvo de superar el error en que incurrió dependerá si tuvo, a su vez, la posibilidad de conocer el riesgo típico¹⁷⁰.

No se puede esperar, pues, que sea cuidadoso quien no tiene ninguna posibilidad de aplicar ese cuidado que le es exigible aunque quiera o esté motivado para tal fin, pues “el deber implica el poder”¹⁷¹. Esto permite personalizar el juicio de imputación subjetiva y abandonar figuras de aplicación general como “el hombre medio” o “el ciudadano prudente” para determinar cuándo un resultado lesivo era previsible¹⁷². Por el contrario, como ya se ha

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 401.

¹⁶⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 562.

¹⁷⁰ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5 s.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, cit., § 15, núm. marg. 12 ss., 15; FREUND, Georg, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, en *Delitos culposos*, II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 90 ss.

¹⁷¹ FELJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 275: “si al autor le resulta imposible conocer el hecho típico, o conociéndolo le es imposible evitarlo, ya no se puede hablar de ningún deber”.

¹⁷² Sobre los inconvenientes de la previsibilidad en su concepción tradicional, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 276 y ss., y en profundidad sobre una panorámica de dicho criterio, pp. 266 y ss. En ese sentido también, FREUND, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, cit., pp. 85 ss.

Existe una Ejecutoria Suprema donde, en un sentido contrario a las presentes consideraciones, se basa el juicio de imputación en el delito imprudente en la noción de los conocimientos que posee el *hombre prudente*; cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N°

recalcado, el análisis debe descender al concreto contexto social y a los deberes que se derivan de la posición social que el sujeto tenía en ese específico espacio de interacción.

Como se ha señalado, el artículo 14° del Código Penal exige que el autor doloso se represente correctamente el hecho típico, por lo que, correlativamente, para el autor culposo se exige una representación defectuosa o incompleta del hecho que éste pudo y debió superar. En buena cuenta, lo que se imputa al autor culposo es no conocer y evitar aquello que habría conocido y evitado si hubiera sido más cuidadoso¹⁷³.

Si se trasladan estas consideraciones a los ejemplos citados reiteradamente¹⁷⁴, debe afirmarse contundentemente que el sujeto que dejó por error una botella con un potente veneno en el refrigerador, de la cual posteriormente bebe su suegra, no tiene un conocimiento integral de la situación de riesgo que al final se materializa en un resultado fatal. Su representación, por el contrario, es incompleta y no le permite apreciar plenamente la situación riesgosa o, lo que es lo mismo, su representación no coincide con la realidad. Esto impide atribuirle un conocimiento a título de dolo, pues existiendo innegablemente un error en su representación, ese nivel insuficiente del conocimiento no puede sino conducir a una imputación culposa. Sin embargo, aunque a efectos expositivos se haga esta disquisición, la imputación subjetiva de la culpa exige necesariamente un factor adicional, esto es, la infracción de un deber de cuidado, lo que se aborda a continuación.

6.2. La infracción del deber de cuidado

En efecto, lo dicho respecto al menor grado del conocimiento en la imputación culposa respecto de la dolosa –y, en general, respecto a las diferencias entre dolo y culpa– no ha de llevar a pensar que toda lesión no dolosa da lugar a un delito imprudente. Para poder afirmar la existencia de un delito imprudente, es necesario que la conducta haya infringido una norma de cuidado, esto es, que haya vulnerado el deber de cuidado que conforma dicha norma¹⁷⁵. Esto

3011-2010-Cusco, de 27 de julio de 2011, considerando quinto: “(...) la imputación subjetiva imprudente demanda indagar sobre dos aspectos: la cognoscibilidad y la previsibilidad. La primera, se entiende como exigibilidad del conocimiento del peligro que se determina en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad (conciencia del riesgo y de los deberes de cuidado que observarse para neutralizarlo). La segunda, se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier hombre prudente en la producción de un resultado típico”.

¹⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 115 s.

¹⁷⁴ Vid. *supra* V.1.

¹⁷⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281; ÍDEM, *El dolo eventual*, cit., p. 131, nota 208. Por su parte, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima 2007, p. 86, aborda la diferencia entre ‘norma de cuidado’ y ‘deber de cuidado’, de manera que mientras la primera es la norma penal que

significa que el conocimiento insuficiente que caracteriza a la imputación culposa no configura automáticamente un delito imprudente. La imprudencia, en tanto error de tipo vencible, es siempre un error vinculado a una falta de cuidado con relevancia para el Derecho penal¹⁷⁶.

En efecto, para la determinación de una conducta imprudente es indispensable constatar que se ha infringido determinadas reglas de cuidado que, como no podía ser de otra forma, se definen en función del contexto social de interacción. Como ya se ha indicado, si bien los tipos penales prevén conductas prohibidas en abstracto, es labor del operador jurídico contextualizar dichas conductas para concederles fuerza expresiva.

Así, por ejemplo, el homicidio culposo del artículo 111° del Código Penal prescribe de forma genérica: “*El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona*”. Pues bien, para darle un significado más específico a este enunciado legal es indispensable contextualizar esa conducta abstracta, de modo que si se la muerte se produce a raíz de un accidente de tránsito, la determinación de la posible infracción del deber de cuidado pasará por analizar las reglas de tránsito. Si la muerte se ocasiona en un quirófano, habrá que determinar si el médico actuó con imprudencia sobre la base de la observancia de la *lex artis* médica. Y en el ámbito de los delitos contra la administración pública, si se imputa a un funcionario público haber permitido la sustracción dolosa de caudales estatales por un servidor público, se habrá de recurrir a la normatividad del sector (reglamentos, directivas, etc.) que delimitan de algún modo u otro los deberes de supervisión y vigilancia asignados a determinados funcionarios públicos. No obstante la relevancia que adquiere esta normatividad o reglas de naturaleza –por lo general– extrapenal, su sola infracción no significa automáticamente la realización de un comportamiento penalmente imprudente, pero son sin duda un indicador normativo idóneo para determinar los parámetros socialmente aceptados para la realización correcta de ciertas actividades riesgosas¹⁷⁷.

Por estas consideraciones, la infracción del deber de cuidado se erige como un requisito de la responsabilidad subjetiva a título de imprudencia¹⁷⁸. Si un caso

incorpora como punible un determinado comportamiento imprudente (v. gr. homicidio culposo), el segundo se integra por las reglas técnicas que se quebrantan en un caso concreto en que se realiza la conducta imprudente.

¹⁷⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281.

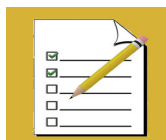
¹⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente. Una visión funcional*, cit., p. 90.

¹⁷⁸ GÖSSEL, Karl Heinz, “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”, en *Delitos culposos*, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003, p. 18: “la observancia de reglas de cuidado es, por consiguiente, lo que hace evitables perjuicios a bienes jurídicos”.

concreto sólo evidencia un desconocimiento insuficiente o defectuoso del autor, mas no la infracción de un deber de cuidado relevante para el Derecho penal, no podrá tener lugar la imputación culposa, en razón que “sin infracción del deber de cuidado ya no cabe imputar un resultado a título de imprudencia”¹⁷⁹. Por ejemplo, si se imputa a un funcionario público haber permitido que terceros pertenecientes a la institución en la que labora sustraigan cierto monto de dinero, para imputarle el delito de peculado culposo no bastará con afirmar que tuvo un conocimiento defectuoso de la situación de riesgo generada en el área en que se desempeña, sino que habrá que determinar necesariamente que infringió un deber normativo de cuidado derivado de su ámbito de competencia funcional¹⁸⁰.

¹⁷⁹ FELDÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 300.

¹⁸⁰ En palabras de KINDHÄUSER, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, cit., p. 46: “la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual que se valora como contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos”.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cómo se entiende, normativamente, el dolo?

2. ¿En qué consiste la imprudencia?

3. ¿Son relevantes los conocimientos especiales para fundamentar la imputación subjetiva?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) CANCIO MELIÁ, Manuel, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, II, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 75 ss.
- 2) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1999.

(Disponible en el anexo de lecturas).



UNIDAD III

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

PRESENTACIÓN

El sistema de intervención delictiva varía de país en país; sin embargo, el fundamento dogmático de las instituciones se mantiene, en líneas generales y sobretodo en el ámbito continental, inalterable. Desde hace no mucho es la teoría del dominio, tanto en nuestro país como en América Latina, la que en la actualidad tiene mayor preponderancia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, para explicar la diferencia entre autoría y participación, así como para fundamentar a ambas.

No obstante, desde una óptica alternativa, también puede ser sostenido un sistema distinto. Un sistema cuyo fundamento no sea una diferenciación cualitativa, sino, en buena cuenta, cuantitativa. Este sistema, que ha sido denominado por la doctrina funcionalista como el sistema único de intervención delictiva (usando una nomenclatura intencionalmente opuesto al sistema de autoría y participación). El mismo será presentado en esta unidad, para ser contrastado, previamente, con las teorías tradicionales en torno a la materia.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es el fundamento dogmático de la autoría?
2. ¿Cuáles son los tipos de intervención delictiva existentes en nuestro sistema jurídico?
3. ¿Cuál es la diferencia entre coautoría y autoría mediata en aparatos organizados de poder?

1. INTERVENCIÓN DELICTIVA COMO VINCULACIÓN ENTRE SUJETO Y HECHO.

1.1. Teorías

El delito es un todo atribuible a uno o varios sujetos. A ese juicio de atribución se le llama imputación y la imputación penal –la conducta en general– presupone la culpabilidad del responsable. El responsable se puede vincular con el acto en diferentes o grados. Esos grados son estudiados por la teoría de la autoría y la participación o, quizá mejor, de la intervención delictiva. Ésta estudia, pues, el *nivel de implicación entre el sujeto y el hecho*.

Establecer, con precisión y nitidez, los diferentes niveles que componen la doctrina de la autoría y la participación punibles no es, desde luego, tarea exenta de problemas. Se trata de una de las cuestiones más debatidas a lo largo del desarrollo histórico de la Dogmática penal. Ya hace más de un siglo afirmó un conocido penalista alemán, Hermann Kantorowicz, que “la teoría de la participación es el capítulo más oscuro y confuso de la Ciencia alemana del Derecho penal”¹⁸¹.

Pasado un siglo, y a pesar de las muchas contribuciones sobre esta problemática a lo largo de varias generaciones de penalistas ilustres, lo cierto es que en torno a la intervención delictiva se siguen debatiendo en torno a tres cuestiones fundamentales: *quién responde, cómo y por qué*.

Una primera clasificación doctrinal divide entre la teoría del *concepto extensivo* de autor y la teoría del *concepto restrictivo* de autor:

- La primera se relaciona con las teorías de la causalidad y postula que no hay propiamente diferencia entre autor y partícipe porque cada uno aporta una condición que es igual o equivalente para el resultado. La distinción no se da en la tipicidad sino en la culpabilidad, que por su parte incide en la determinación de la pena.
- La segunda teoría sostiene que la diferencia entre autor y partícipe se ubica en el ámbito de la tipicidad, pero esa distinción viene posibilitada

¹⁸¹ KANTOROWICZ, Hermann, “Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft”, en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 7º, abril 1910-marzo 1911, p. 306. Esta frase ha tenido una fuerte resonancia en el entorno del penalismo alemán; da cuenta de ello ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1970, p. 10. También VON WEBER, Hellmut, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Froman, Jena 1935, p. 24 describe de un modo parecido el panorama de la autoría y la participación como el “capítulo sin ninguna esperanza” de solución en la dogmática del Derecho penal.

por la regla general de la Parte General (artículos 23, 24 y 25 del Código Penal). Esa distinción de la Parte General es aplicada a los tipos en particular de la Parte Especial. Según el concepto restrictivo, los tipos penales sólo se refieren al autor, y el partícipe tiene cabida sólo en virtud a la regla de la Parte General, que viene a ser una regla penal de extensión.

- Por su parte, la llamada *accesoriedad de la participación* constituye una concreción del concepto restrictivo de autor. El partícipe ocupa un lugar accesorio en relación a la figura principal, que es el autor. A propósito de la accesoriedad, pueden hallarse diversas teorías:
 - o De un lado, nos encontramos con la *accesoriedad mínima*: según esta postura, el partícipe interviene en un hecho del autor que es *típico*, siendo la tipicidad suficiente para fundamentar la responsabilidad del partícipe. Pero puede darse el caso que el autor actúe en legítima defensa y por eso no responde, sin embargo, el partícipe sí respondería porque la conducta del autor es típica aunque no es antijurídica.
 - o De otro lado, puede concurrir la llamada *accesoriedad limitada*: a juicio de esta segunda posición, es partícipe quien participa en el hecho de un autor que *actúa típica y antijurídicamente*. No basta, pues, con que la conducta del autor sea típica, sino que es preciso que alcance la antijuridicidad. Si la conducta típica del autor resultara justificada (por mediar una causa de justificación como la legítima defensa, entonces el partícipe tampoco respondería, pues su conducta -al ser accesorio respecto la principal- quedaría también amparada por la justificación que beneficia al autor principal.
 - o Finalmente existe una *accesoriedad máxima*: según esta postura, para que el partícipe responda penalmente se requiere que el hecho de la figura principal (autor) sea no sólo típico o antijurídico, sino también culpable: aquí, pues, es preciso la presencia de un delito "completo", que es el único que aporta sentido delictivo a la intervención.

Las anteriores construcciones se refieren a la relación que media entre los *diferentes intervinientes* dentro de un mismo delito, pero no explica propiamente

quienes sean (y como respondan penalmente) tales intervinientes. A ello se han dedicado las teorías de la autoría y la participación, que nosotros -en terminología funcionalista más precisa y adecuada- preferimos llamar *intervención delictiva*¹⁸².

En esta línea de argumentación se ha pronunciado la Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, con la siguiente fundamentación:

“El fundamento de la ‘participación’ en el hecho del autor sobre la base de un injusto autónomo -aplicado al delito de colusión-, está en que cada interviniente accede al tipo en la medida que su propia ‘conducta’ suponga una intromisión en la esfera de organización ajena (...), por consiguiente, el fundamento jurídico penal del partícipe, subyace en el ‘acceso propio’ -existencia de la actividad- a un hecho típico y antijurídico, manifestando así un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable al que lleva a cabo el autor”¹⁸³.

Pues bien, a este respecto pueden distinguirse, esencialmente, las diferentes teorías:

- Por un lado, nos hallamos ante la *teoría subjetiva*: esta primera posición doctrinal establece la distinción entre autor y partícipe en el ámbito de lo subjetivo. En su virtud, es autor quien actúa con “*animus auctoris*”, y partícipe quien actúa con “*animus socii*”.

 - o Esta posición doctrinal se vincula con algunas explicaciones causales del delito, por ejemplo, la teoría de la *conditio sine qua non*, desarrolladas en el siglo XIX por el magistrado del Tribunal del Imperio Maximilian von Buri¹⁸⁴ y luego asumida por Franz von Liszt. Según esa doctrina, todas las condiciones son equivalentes para el

¹⁸² Cfr. JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2012, pp. 74 ss.

¹⁸³ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 9.2, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 462.

¹⁸⁴ Maximilian VON BURI trabajó como magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896. Este magistrado protagonizó el desarrollo más visible de teoría subjetiva de la autoría y la participación en la jurisprudencia penal, *cfr.* al respecto ROXIN, Claus, “Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 177–198, 178 y ss. Mediante sus monografías y artículos consiguió VON BURI un enorme prestigio e influencia en el pensamiento de su época. Sus aportes cobraron trascendencia particularmente en la discusión sobre la relación de causalidad, donde él siguiendo una línea subjetiva impulsó el desarrollo de la fórmula de la *conditio sine qua non* como herramienta de prueba de la relación de causalidad, *cfr.* al respecto: VON BURI, Maximilian, *Über die Causalität und deren Verantwortung*, 1873; IDEM, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885; sobre autoría y participación, IDEM, “Ueber Teilnahme am Verbrechen”, en GS, N° 22, 1870, pp. 1-53; IDEM, “Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafrechts”, en GS, N° 25, 1873, pp. 237–255; IDEM, “Über Kausalität und Teilnahme”, en ZStW, N° 2, 1882, pp. 232–298; IDEM, “Bemerkung zu dem Buche von Professor Dr. Birkmeyer in München Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890”, en GS, N° 45, 1891, pp. 1–39.

resultado, por eso lo que importa es el ánimo con que actúe el concreto sujeto.

- La teoría subjetiva de la autoría se hizo dominante en la jurisprudencia de los tribunales alemanes, sobre todo a partir de la segunda mitad del S. XIX, gracias a la enorme influencia que sobre el Derecho penal de la época ejerciera el mencionado penalista von Buri. Sin embargo, la excesiva subjetivización de los criterios determinantes de la autoría condujo a esta teoría a una crisis que dio lugar a diversas objeciones contra ella¹⁸⁵. El poco peso del lado objetivo del hecho en la valoración era un dato que cada vez más se hacía visible en el momento de la determinación de la autoría y la participación. Autor sería aquél que considera el hecho como algo conforme a su voluntad y cómplice quien mira el hecho según la voluntad del autor. El ejemplo paradigmático de la teoría subjetiva vino dado por el caso de la bañera¹⁸⁶, donde el fundamento de punición del partícipe no dependió de la parte externa (objetiva) de su aportación al hecho, sino de la dependencia interna de su voluntad respecto de la voluntad del autor. En este caso la hermana de una parturienta que acababa de dar a luz a un niño ilegítimo dió muerte al recién nacido ahogándolo en una bañera por “interés” y a pedido de la madre. El Tribunal condenó a la madre como autora, a pesar que ella no movió un solo dedo para la realización del hecho, pero sí había tomado parte en él con la voluntad autónoma propia a la de un autor (*animus auctoris*); mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propias manos al recién nacido porque, a juicio del juzgador, el obrar de ésta estuvo motivado por una voluntad dependiente o subordinada (*animus socii*) a la de la madre.
- Crítica: Este elemento vino a “resolver” el problema del causalismo, en que todas las condiciones son equivalentes. Pero, en cambio, se plantea el problema de la prueba y la constatación de todos los elementos subjetivos, a saber: cómo demostrar en última instancia que el sujeto actúa precisamente con ese ánimo y no cualquier otro.

¹⁸⁵ La teoría subjetiva ha sido duramente criticada, baste aquí sólo recordar lo anotado por BELING, Ernst, “Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre”, en GS, N° 101, 1932, pp. 1–13, 10: para quien “la teoría subjetiva de la participación es simple producto de la fantasía que se aparta categóricamente de la ley y en el resultado la viola con frecuencia”.

¹⁸⁶ Cfr. RGSt. 74 (sentencia de 19. 02. 1940), pp. 84–86.

- Por si fuera poco, el Estado no puede inmiscuirse en el ámbito privado de la persona, y si lo hace termina su privacidad, pero termina también la posición del ciudadano como persona en Derecho. Con razón Jakobs afirmaba a este respecto que “sin su ámbito privado el ciudadano no existe”¹⁸⁷ y no en vano los romanos dieron suma importancia a la garantía *de internis non iudicat praetor*, esto es, que “el juez no juzga el fuero interno”. Con igual acierto, un ilustre comentarista del Código penal español de 1870, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, afirma con sobrada contundencia que “la conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer”¹⁸⁸. Con esto queda claro que el fuero interno no puede constituir objeto de intervención penal, porque el conocimiento en su configuración natural no representa en lo absoluto perturbación social. ¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento ni delinque ni puede ser fundamento de responsabilidad del interviniente: ¡*cogitationis poenam nemo patitur!* Esta declaración constituye a la vez una garantía penal y procesal para el ciudadano, en tanto que, ante la imposibilidad probatoria, no existe un deber de prueba del conocimiento, o ¿alguien puede probar los pensamientos?
- Por otro lado, se encuentra la *teoría formal-objetiva*: esta teoría se vincula íntimamente con el concepto de tipo penal (*Tatbestand*), creado en 1906 por el penalista alemán Ernst Beling. Para esta concepción, autor es quien realiza el verbo típico de propia mano, y partícipe el que colabora o coopera con aquel. El tipo penal va dirigido, pues, al sujeto activo.
 - De tal manera, cuando el artículo afirma que “el que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público” (como en el tipo de desobediencia o resistencia a la autoridad del art. 368° del Código penal) o “el funcionario público que hace un nombramiento para cargo público en persona en quien no concurren los requisitos legales” y “el que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales” el tipo se está refiriendo expresamente al autor: al sujeto directamente responsable, que es

¹⁸⁷ JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (trad. Peñaranda Ramos), en sus *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 297.

¹⁸⁸ Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: modernas bases dogmáticas*, Lima 2004, p. 345.

quien conjuga el verbo típico *motu proprio*. Todo el que esté fuera de ese círculo de sujetos expresamente aludidos en el tipo son “colaboradores”, partícipes accesorios de la figura principal.

- Crítica: la presente construcción depende demasiado de los delitos de propia mano y genera problemas para fundamentar tanto la coautoría como la autoría mediata.
- Ante el panorama anterior, con una carga subjetiva tan fuerte o con una orientación objetiva meramente formal, no es de extrañar que la construcción en torno a la autoría y la participación dejara insatisfecha a un importante sector doctrinal y condujera a la doctrina a la búsqueda de otros criterios que, tomando en cuenta de alguna manera el dato objetivo del hecho, lograra explicar con mayor corrección la autoría y la participación. Por esta vía se llegó a la formulación de una tercera doctrina: la llamada *teoría del dominio del hecho*, una teoría que toma en cuenta moderadamente tanto lo subjetivo –la voluntad del actuante– como lo objetivo –el aporte exterior al hecho–. Esta tercera postura doctrinal, prevista inicialmente por Hegler (a quien se debe un sugerente aporte a la doctrina de los elementos subjetivos del injusto¹⁸⁹), escudriñada posteriormente por Hans Welzel, padre del Finalismo, pero luego sería desarrollada por Claus Roxin. La teoría del dominio del hecho es, en buena parte, un punto intermedio, una síntesis, de las dos doctrinas previas (objetiva y subjetiva) y por ello se asemeja en algunos planteamientos de base tanto a las doctrinas “causalistas” como a doctrinas subjetivadas. Por ello, la teoría del dominio del hecho parte en esencia de una concepción que gira en torno a la idea del control ejercido sobre la causalidad a nivel de injusto. En suma, ya resaltó Jescheck que uno de los méritos esenciales de dicha construcción dogmática radica en haber sintetizado tanto elementos de las teorías objetivas como subjetivas¹⁹⁰.

Si bien es cierto que fue Hegler¹⁹¹ quien en 1915 habló por primera vez del concepto de “dominio del hecho”, no obstante el sentido que él le dio en aquél momento poseía un contenido más referido a la culpabilidad del autor; por lo tanto, diferente de lo que hoy se conoce como dominio

¹⁸⁹ Amplio análisis al respecto en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972, pp. ss.; ID., *Lecciones de teoría del delito*, 3ª. edic., Sevilla 2012, p. 178 s.

¹⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Derecho penal, parte general*, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, 5ª edición, Comares, Granada 2002, p. 501.

¹⁹¹ Cfr. HEGLER, August, “Die Merkmale des Verbrechenens”, en ZStW, N° 36, 1915, pp. 19–44 y 184–232; vid. además ROXIN, *Tatherrschaft und Täterschaft*, pp. 60 y ss.

del hecho. Fue Welzel quien, en 1939, en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como criterio determinante del concepto de autor. Según este nuevo entender, el dominio del hecho adquiriría la forma de un elemento general de la autoría donde autor es aquél que se presenta como señor de un hecho: “autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho”¹⁹². Posteriormente, a lo largo de su vida académica Welzel se encargó de perfeccionar su teoría del dominio del hecho. En la última edición de su clásico Tratado de Derecho penal precisó: “señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho”¹⁹³.

Es importante también destacar el aporte de Maurach en este punto, porque a él se debe probablemente el estudio más desarrollado del concepto de dominio del hecho: “dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso” y “tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo”¹⁹⁴. Por su parte, a juicio de Stratenwerth, en el dominio del hecho el autor no se reconoce una voluntad que domine a la propia, pues el sujeto que dispone del dominio del hecho es el señor de los acontecimientos¹⁹⁵. En opinión de Mir Puig, el dominio del hecho se refiere a un concepto normativo de “pertenencia”¹⁹⁶.

Con todo esto queda claro que el dato de la voluntad de la teoría subjetiva está presente en el dominio del hecho, pero con la diferencia de que además en su contenido ocupa un lugar la aportación exterior del ejecutor al hecho: ambos elementos amoldan la idea del autor como dueño y señor del suceso delictivo. De esta manera, el dominio del hecho logró aplacar una vieja aspiración de encontrar un criterio de autoría que

¹⁹² Cfr. WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en ZStW, N° 58, 1939, pp. 491–566, 539.

¹⁹³ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 100.

¹⁹⁴ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 627.

¹⁹⁵ STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., Editorial Carl Heymanns, Köln et al. 2000, § 12/15.

¹⁹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª. edic., Barcelona, 2011, pp. 374 ss.

cobijara en su seno tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. Por esta razón no es casual que la teoría del dominio del hecho lograra imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días¹⁹⁷, al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho.

En la actualidad, puede decirse que la doctrina del dominio del hecho es la dominante en la literatura especializada. Así, en opinión de Jescheck, el dominio del hecho se traduce en el concepto de autor por medio de un gobierno sobre la actividad delictiva a través de su aportación objetiva al delito¹⁹⁸. Esta afirmación a pesar de su aparente claridad se adentra en una importante nebulosa al explorarse otra clase de supuestos donde no hay, necesariamente, una intervención directa del autor pero sí existe un dominio del hecho, como ocurre en los supuestos de autoría mediata.

El autor que contribuyó al desarrollo dogmático de la teoría, Roxin, considera que esta doctrina se manifiesta en diversos niveles:

- De un lado, en la *autoría directa*, donde concurre un dominio de propia mano. Así, el art. 23 CP afirma que autor es "el que realiza por sí" el hecho, esto es, quien tiene el dominio por su propia mano.
- De otro, en la *coautoría*, donde se constata un *dominio funcional del hecho*: el art. 23 CP lo grafica con la frase "los que lo cometan conjuntamente".
- Asimismo, en la *autoría mediata*, figura en la cual el dominio toma la forma de *dominio de la voluntad*: el art. 23 CP "el que realiza por medio de otro" el hecho. En la autoría mediata el dominio de la voluntad se manifiesta en una diferente fenomenología.

Crítica: varios autores han resaltado, por ejemplo, que el concepto de dominio del hecho no es incontrovertible. En este sentido, considera Stratenwerth que "tras una consideración más precisa se muestra

¹⁹⁷ El dominio del hecho cuenta con una recepción casi generalizada en la doctrina alemana; *cf.* sólo en los tiempos recientes, entre otros ROXIN, Claus, *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1993, § 25/7 ss.

¹⁹⁸ JESCHECK, *Derecho penal, parte general*, cit., p. 702.

rápidamente que el concepto de dominio del hecho de ninguna manera es inequívoco” y continúa diciendo que “allí donde varias personas hayan influido en la realización del tipo -y sólo en ese caso es necesario delimitar los correspondientes roles de intervención-, sus aportes al hecho pueden competir entre sí”¹⁹⁹. Según el autor citado, en una cadena causal existen distintos grados de dominio. Sin embargo el dominio del hecho permite tener un concepto inicial para los casos de autoría en delitos de propia mano y en el caso de intervención de varios sujetos, para conocer el ámbito que abarca la injerencia del autor ejecutor.

Por su parte, Jakobs ha alarmado sobre “el ocaso del dominio del hecho”²⁰⁰ y ha abogado por una teoría funcionalista de la intervención delictiva. Y Polaino-Orts ha sostenido que la teoría del dominio del hecho no permite, con la suficiente claridad, distinguir el peso de los aportes de cada uno de los intervinientes, de tal suerte que al final del día existe confusión sobre quién ostenta el dominio del hecho al momento de la comisión del delito, convirtiéndose el dominio del hecho al fin y al cabo en un criterio dogmático más perturbador que beneficioso que, por eso, debe rechazarse²⁰¹.

1.2. Niveles de implicación entre sujeto y hecho

Conforme a la definición hecha por la ley, *autor* es todo aquél que “realiza por sí o por medio de otro el hecho punible” (art. 23 del CP peruano). Esta definición condiciona al intérprete la comprobación necesaria del sentido normativo del término *realizar* la conducta o el hecho punible si quiere alcanzar el concepto genuinamente jurídico-penal de autor²⁰². En este sentido la autoría jurídico-penal va a depender únicamente de lo que el interviniente *realiza* en un suceso delictivo, de nada y nadie más. Para tales efectos sólo su propio hecho cuenta,

¹⁹⁹ STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, cit. § 12/17.

²⁰⁰ JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, traducción de Miguel POLAINO NAVARRETE, en *Revista de Derecho Penal. Fundación Cuadernos de la Cátedra* 6, Mario A. Viera Editor Mave, Corrientes, 2000, pp. 87 ss.; del mismo autor, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.

²⁰¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligtenrolle*, tesis de maestría, Universidad de Bonn, 2004, pp. 48 ss. Del mismo autor, “¿Qué es la imputación objetiva?” en Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2009, pp. 63 ss; ID., “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, pp. 15 ss.

²⁰² Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 12/2.

como en la sentencia de Richard Wagner: “pregúntale a tu hecho y él te indicará tu culpabilidad”²⁰³.

El análisis de la realización de un hecho con miras a fundamentar una autoría delictiva parte sin embargo por reconocer la existencia de dos grandes modelos de autoría²⁰⁴, a saber: a) autoría mediante *delitos de dominio*, y b) autoría mediante *delitos de infracción de deber*, con base al cual se concretará en sentido normativo del concepto “realizar el hecho punible”. La referencia a estos modelos es imprescindible porque sólo de esta manera la redacción de la autoría del Código penal, que destaca sobre todo por su fenomenología al establecer sólo unas diferencias de realización del hecho, adquirirá una fuerza normativa fijando en el caso concreto la existencia de una auténtica autoría jurídico-penal. Esto es así porque más allá de la mera distinción fenomenológica entre las distintas posibles formas de autoría, en el plano normativo todas ellas reúnen el mismo significado, lo que reluce en sí misma cuando todas estas formas de intervención son castigadas con la misma penalidad²⁰⁵.

La Corte Suprema de la República se ha pronunciado en un sentido similar al partir de esta distinción en la autoría:

“(…) Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio

²⁰³ Frase del compositor Richard WAGNER (Die Walküre, Dritter Aufzug, Dritter Szene, Wotan), que se recoge a modo de epígrafe en el libro de LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionaen Revision*, 1999, p. VI.

²⁰⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 21/1.

²⁰⁵ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “trascendencia””, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, 2000, pp. 359 y ss. En este trabajo SÁNCHEZ-VERA demuestra, por ejemplo, que la autoría mediata es equivalente a la autoría directa y que una distinción entre ambas sólo sucede en el plano fenomenológico, p. 384: “existe, en suma, una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, equivalencia que ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa para una u otra forma de autoría (...). La autoría mediata se encuentra ya *per definitionem* contenida en el concepto de autoría.”; p. 385: “nos hallamos, pues, ante una verdadera autoría y no ante una simple ficción”.

de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.”²⁰⁶

Esto significa que la Parte General del Código penal sólo regula el aspecto fenomenológico de la autoría (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y más allá de esos contornos no aporta ningún elemento que permita establecer en el ámbito normativo la existencia de una autoría genuinamente jurídico-penal. Corresponderá entonces a la labor dogmática establecer cuándo y en qué caso una “realización del hecho punible” reviste relevancia jurídico penal de modo se pueda afirmar una imputación penal a título de autor, y esta labor dogmática debe partir obligatoriamente por analizar el suceso delictivo en concordancia con las categorías dogmáticas denominadas delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

Aun así, y a modo esquemático, puede resumirse a continuación las formas fenomenológicas de intervención delictivas reconocidas por la Dogmática penal y previstas en los arts. 23 y siguientes del Código penal:

GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA: ESQUEMA

- a) *Autoría directa o inmediata*: prevista en el art. 23, inciso primero, CP: “El que realiza por sí” el hecho punible.
- b) *Autoría mediata*: art. 23, inciso segundo, CP: el que realiza “por medio de otro” el hecho punible. El instrumento (ejecutor material) será no responsable, porque si lo fuera estaríamos ante un supuesto de coautoría o de instigación. En la relación autor – instrumento – resultado, el instrumento puede ocupar las siguientes posiciones:
 - Cuando el instrumento obra atípicamente: bien por obrar conforme a Derecho o por obrar sin dolo.
 - Cuando el instrumento obra amparado en una causa de justificación: pensado para los casos en que el instrumento obra coaccionado o en una situación de necesidad que en el caso concreto habilite una causa de justificación.
 - Cuando el instrumento obra sin culpabilidad: bien porque se utilizan menores o porque se utilizan sujetos sin libertad, sin capacidad de autodeterminación (inimputables).
- c) *Coautoría*: art. 23, inciso tercero, CP: “los que lo cometan conjuntamente”.

²⁰⁶ Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, fundamento jurídico N° 9.

- d) *Instigación*: art. 24 CP: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible”, y su pena se equiparada normativamente a la del autor.
- e) *Complicidad primaria y secundaria*: art. 25 CP: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado” y “los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia”. En el primer caso (complicidad primaria) se impondrá la misma pena que al coautor; en el segundo (complicidad secundaria), se “disminuirá prudencialmente la pena”.
- f) *Actuación en lugar de otro*: art. 27 CP: “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada”. Esta figura proviene de la Dogmática alemana, de donde fue transportada a la legislación española en 1983 y posteriormente a la legislación patria.

1.3. Fundamento de punición del interviniente

Partícipe es aquél que infringe la norma²⁰⁷. Como al Derecho penal no le atañe la función de protección de bienes jurídicos, aquí no se define la participación como la lesión indirecta de bienes jurídicos –en contraposición a la autoría, entendida como lesión directa de bienes jurídicos–, cual es común oírlo de parte de los defensores de la teoría de los bienes jurídicos. Por el contrario, el partícipe es tal porque con su conducta infringe una norma, es alguien que en relación al autor se encuentra en una idéntica posición frente a la vigencia de la norma, de tal manera que tanto autor como partícipe infringen la norma por igual. Por esta razón, en vez de emplear una terminología diferenciada sería mejor referirnos a ambos sujetos, reunidos bajo un solo concepto, el de “intervinientes”. ¿Pero qué significa esto? Porque si no se explica su contenido, esta declaración en sí misma aportaría muy poco.

El punto de partida es el siguiente: los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos penales describen por lo general a un sujeto infractor a quien se le imputa la conducta típica y la doctrina tradicional suele entender comúnmente que la conducta descrita en el tipo penal está referida al comportamiento de un sujeto al que se le conoce como *autor*, mientras que el *partícipe* viene a ser todo aquél que sin estar comprendido por el verbo típico ingresa en el campo de la tipicidad gracias a una extensión del tipo penal en virtud de las reglas de la Parte General. Autor es conforme a aquella comprensión el “personaje central” del suceso típico, mientras que partícipe el “personaje secundario” o, quien en referencia al autor, se encuentra en una relación accesoria²⁰⁸. Esta

²⁰⁷ Por todos JAKOBS, Günther, “Beteiligung”, en *FS Lampe*, 2003, p. 565.

²⁰⁸ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 26/10.

formulación responde a un modelo de intervención delictiva comúnmente conocido como "accesoriedad de la participación", al que incluso una voz representativa de este pensamiento le atribuye un nivel de principio de garantía del Estado de Derecho²⁰⁹.

En esa línea dogmática se encuentra nuestro Tribunal Constitucional, que sin hacer mención a la accesoriedad adopta su esencia al distinguir entre autores y partícipes de la siguiente manera:

"33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación.

El artículo 23º de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo". Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el *partícipe* está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución."²¹⁰

La mencionada accesoriedad no se compagina con una concepción de la participación basada en el modelo funcional del Derecho penal, en el que se inscriben las presentes consideraciones. Y al subrayar esta idea se hace

²⁰⁹ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo II, cit., 26/34.

²¹⁰ STC. EXP. N° 1805-2005-PHC/TC, caso CÁCEDA PEDEMONTE, Fundamentos jurídicos vinculantes, fundamento jurídico N° 33 – 35.

hincapié que una concepción como la defendida en estas líneas se acopla perfectamente con el programa normativo de los Códigos penales y en nuestro caso con la regulación de la intervención delictiva delineada básicamente en los arts. 23 (autoría), 24 y 25 (participación), 45, 46 y 46-A (individualización y determinación de la pena) del Código penal. Esta afirmación se basa en lo siguiente:

Entonces la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial del Código penal no vincula a un autor principal, excepto aquellos tipos penales donde, por razones de política criminal, se individualiza a un sujeto especial (en concreto, los delitos especiales).

Esto es así porque los tipos penales aluden generalmente a un sujeto anónimo, comprendido bajo la descripción genérica “*el que*”. Así por ejemplo: “*el que... se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno*” (art. 185 CP –delito de hurto–), “*el que... ofenda o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho*” (art. 130 CP –delito de injuria–), “*el que... hace, en todo o en parte, un documento falso*” (art. 427 CP –delito de falsificación de documento privado–), etc. Pero la descripción anónima del actuante en los términos de “*el que*”, no tiene por qué coincidir necesariamente con el autor. Los tipos penales de la Parte Especial se refieren más bien a un “sistema de intervención”²¹¹, donde pueden converger perfectamente las aportaciones provenientes de una persona individual con las de otras que obran conjuntamente, pero, en todo caso, está referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad para infringir la norma contemplada en el tipo penal²¹². Esto es así porque cada interviniente, hasta el cómplice más secundario, tiene un “poder de configuración”²¹³ sobre la realización del tipo. De manera que sería conveniente empezar a despejar de nuestras mentes la idea tradicional de que el tipo está referido directamente a un autor por ser el protagonista principal y que el partícipe ingresa en el ámbito de la tipicidad gracias a que la regla extensiva de la Parte General del Código penal así lo permite.

Por lo mismo, en este primer nivel de análisis se postula lo siguiente: no existe una distinción entre autoría y participación, no al menos en el ámbito de la tipicidad, por tanto la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe²¹⁴.

²¹¹ JAKOBS, “Beteiligung”, cit., p. 561.

²¹² Cfr. por todos LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main y otros, 1992, pp. 271 ss., p. 278.

²¹³ JAKOBS, “Beteiligung”, cit., p. 562.

²¹⁴ Cfr. LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main y otros, 1992, p. 278; asimismo CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, p. 78.

1.4. La culpabilidad como presupuesto de la intervención delictiva

La exigencia de que la conducta del interviniente sea culpable sitúa al actuante dentro de un sistema del Derecho penal donde sólo al capaz de culpabilidad se le reconoce una actuación relevante penalmente²¹⁵. Así los menores de edad y los inimputables psíquicos están excluidos de la posibilidad de realizar una conducta penalmente relevante, por tanto, si bien sus conductas en algún caso pueden entrecruzarse con la realización de un hecho punible, sus aportaciones no reúnen el sentido jurídico-penal válido que sirve de referencia para la valoración de una intervención delictiva punible. Es decir, no es posible la participación en los hechos llevados a cabo por un menor²¹⁶. Aunque la doctrina dominante de la participación sí admite la posibilidad de poder participar en el hecho dominado por un menor, cuando se refieren a la accesoriadad limitada, en virtud de la cual basta con que el hecho principal haya sido realizado por una conducta típica y antijurídica²¹⁷.

Cuando hablamos de capacidad de culpabilidad nos referimos a que el interviniente debe ser una persona imputable y competente, porque sólo puede atravesar las fronteras del tipo, y por esta vía ingresar al mundo del Derecho penal, quien tiene la competencia suficiente como para infringir la norma y, por lo mismo, actuar con una relevancia jurídico-penal.

Con un ejemplo de la jurisprudencia peruana²¹⁸: dos adultos habían instigado a dos menores de edad a dar muerte a un tercero. La Corte Suprema consideró a los adultos instigadores de la muerte, aunque finalmente les impuso la pena a título de autores, invocándose para semejante procedimiento la regla del art. 24 del Código penal peruano, que equipara el castigo del instigador con la pena que corresponde al autor. Lo decisivo para el juzgador fue que los menores obraron con el dominio del hecho, es decir, fueron los protagonistas principales del derramamiento de sangre, mientras que los adultos al instigar la realización del crimen sólo ocuparon una posición secundaria en los hechos. La aplicación del criterio de la accesoriadad limitada de la participación a este caso condujo a contemplar el hecho principal como típico y antijurídico –dominado por los

²¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en *GA*, 1996, pp. 253 y ss.

²¹⁶ Contundente al respecto CARO JOHN, José Antonio, “¿Instigación sobre menores de edad? (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N° 3840-97-Ayacucho, de 09 de octubre de 1997)”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 339 y ss.

²¹⁷ Por todos STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 12/126 ss.

²¹⁸ Cfr. la sentencia en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal. Tomo I: Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, Lima, 1999, pp. 168-169; así como el comentario de CARO JOHN, “¿Instigación sobre menores de edad? (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N° 3840-97-Ayacucho, de 09 de octubre de 1997)”, cit., pp. 335 ss.

menores-; pues, sólo así se admitió como posible que otros hayan podido ser partícipes en ese hecho. Se comprueba una vez más que para este criterio de accesoriidad de la participación dió lo mismo que al hecho principal le haya faltado el dato de la culpabilidad.

Esa forma de concebir la participación no puede ser aceptada. Y no porque se reclame también la presencia de una culpabilidad en el hecho principal en el sentido atribuido por los partidarios de la accesoriidad extrema. En realidad sería saludable empezar a abandonar el término *accesoriidad*. O en todo caso, la única terminología que cabría aceptar sería el de una *accesoriidad general*, en el sentido en que cada interviniente “accede” al tipo mediante su propio hecho, esto es, según el sentido latino del término *accedere*²¹⁹, de manera que si cabe hablar de una relación de dependencia, ella no se daría entre un interviniente secundario y otro principal, sino entre cada interviniente y el hecho configurado por el colectivo de aportaciones: “accesoriidad no evoca un concepto secundario, dependiente, sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso”²²⁰ al tipo penal.

Lo anterior revela que la exigencia de un comportamiento culpable tiene como trasfondo la distinción necesaria en el Derecho penal de lo que es el mundo del sentido jurídico y el mundo de la naturaleza, o lo que es la sociedad y su entorno²²¹ ¿Cómo sería posible admitir que quien obra sin culpabilidad pueda tomar parte en un hecho delictivo, cuando la contravención al orden que plantea el hecho se define previamente con base a criterios valorativos del sentido jurídico, que solamente puede aportarlos la persona imputable? Cada tipo penal recoge una expectativa normativa de conducta básica para el funcionamiento del sistema social que al mismo tiempo sólo puede ser defraudada mediante una conducta capaz de desautorizar la vigencia de la norma; de allí que se le contemple en el Código penal. Siendo más preciso: esas expectativas normativas condicionan que su defraudación sólo pueda ser posible mediante comportamientos capaces para defraudarlas, comportamientos que contradigan la vigencia de la norma por reunir significado comunicativo. Conductas no culpables expresan entonces sólo naturaleza, sucesos naturales sin sentido jurídico. Esto no quiere decir que un ser humano enfermo mental o un menor de edad son sólo naturaleza, sino solamente que, siendo personas, todavía no reúnen la capacidad que el

²¹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlay ssen*, Berlin, 1999, p. 172; asimismo ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2003, pp. 220 y ss.

²²⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 221.

²²¹ Cfr. JAKOBS, Günther, “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en *ARSP*, 2000, pp. 60 ss.

ordenamiento jurídico reconoce y condiciona como motivo para desautorizar la vigencia de una norma. Esto es evidente: un menor puede ser titular de derechos y deberes, pero no tiene la mayoría de edad necesaria para delinquir²²². Aquí cobra fuerza una declaración de Jakobs: “así como del sentido no se deriva naturaleza, tampoco de la naturaleza se deriva sentido”²²³.

1.5. El colectivo típico

Una vez establecido de una parte que la imputación objetiva es idéntica para autores y partícipes y de otra que lo que define la única intervención punible es la capacidad de culpabilidad, ahora nos referiremos a la categoría en la que se manifiesta la existencia de una intervención delictiva, y ésta es el colectivo típico, entendida como una comunidad de intervinientes.

La conducta culpable adquiere el sentido de una intervención punible por infringir la vigencia de una norma, adaptándose de ese modo a un colectivo típico. La infracción de la norma es el elemento que vincula la obra individual del actuante con el tipo comprendido como colectivo de infracción. Sólo en caso que la conducta sea neutral o socialmente adecuada, permanece fuera de los contornos del colectivo típico, separada del conjunto de intervenciones portadoras de un sentido de infracción. Entonces lo que en común reúne cada aporte dentro del colectivo típico y, constituye el nexo de vinculación típica, es la infracción de la norma²²⁴.

Pero dentro del colectivo típico cada interviniente es por igual imputable objetivamente²²⁵. No existe un determinado interviniente que tenga un papel más protagónico que otro de manera que se le pueda llamar “eje central” del suceso. Ni tampoco otro del que se conciba que no domina el hecho y que interviene en una posición “secundaria” en un hecho ajeno dominado por un autor. Por esta razón, no es posible una distinción cualitativa entre autoría y participación ¿Cómo sería posible una diferenciación cualitativa si cada actuante mediante su aportación individual ya cualifica una intervención con relevancia penal, siendo todos los intervinientes competentes respecto de la configuración colectiva del hecho típico? A lo sumo podría establecerse una

²²² Este es el supuesto de situaciones normales. Sin embargo, pueda que el legislador en situaciones excepcionales con base en una política criminal extraña estire los límites de la imputabilidad penal a zonas inferiores a la mayoría de edad, como ocurrió con el –hoy felizmente derogado– Decreto Ley 25564, de 20 de junio de 1992, que en el art. 1, inc. 2, estableció que el menor de 15 años podía ser imputable penalmente, siempre que haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo, haciéndose merecedor por esta vía de sanciones draconianas.

²²³ Cfr. JAKOBS, Günther, “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, cit., p. 258.

²²⁴ JAKOBS, “Beteiligung”, cit., p. 565.

²²⁵ Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, pp. 78 ss.

distinción cuantitativa, pero en función de la envergadura del aporte, o de cuánta objetivización aporta cada intervención para la infracción de la norma. Sin embargo esto ya en un nivel posterior de valoración distinto al de la tipicidad, donde corresponde asignar a cada interviniente la pena como respuesta a su infracción: en el ámbito de la medición de la pena²²⁶. Significa que el juicio de valoración entre el interviniente individual y la norma sí es cualitativo, pues de esa manera también se tiene la base para que cada interviniente pueda dar cuenta de sus actos de acuerdo a la magnitud de su infracción. Pero entre los intervinientes, la única diferenciación posible es cuantitativa, mas no en el nivel de la tipicidad, sino en el de la medición de la pena.

Lo cualitativo está en la determinación de si el aporte individual pertenece o no a la comunidad delictiva (al tipo). Es decir, es un asunto de la *prohibición de regreso*, como instituto de la imputación objetiva que determina en qué caso una conducta ingresa a formar parte del colectivo típico o, por el contrario, queda fuera del tipo, como parte del riesgo permitido. Por eso, si ha de tratarse de una distinción del título de imputación entre autor y partícipe, ésta sólo cabe hacerla en base a criterios cuantitativos, en función de la envergadura del aporte, y en el marco de la determinación de la pena, donde sí es posible encontrar niveles cuantitativos diferenciados. En este argumento se basa el hecho de que al autor le corresponde por regla general una mayor pena que al partícipe.

1. 6. La posición de deber

Todos los actores sociales ocupan una posición de deber en la sociedad de tal manera que la interacción es posible en la medida en que cada actuante se organiza responsablemente en su posición de deber de acuerdo al mandato general de “no dañar” a los demás en sus derechos, el mismo que se resume en la máxima de Hegel: “sé persona y respeta a los demás como personas”²²⁷. De este modo, el cumplimiento de deberes vincula de un modo general a las personas en una relación jurídica de carácter negativo donde la libertad general de actuación se encuentra asegurada como condición básica para una convivencia pacífica en sociedad²²⁸.

²²⁶ JAKOBS, “Beteiligung”, cit., p. 571.

²²⁷ HEGEL, George Friedrich Wilhelm, *Grundlinien der Philosophie des Rechts – oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, Berlin, 1821, ed. al cuidado de Eva Moldenhauer y Karl Markus Michel, 6ª ed., Frankfurt am Main, 2000, § 36.

²²⁸ En profundidad SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, cit., pp. 67 ss.

La "posición de deber" no es otra cosa que el mismo "rol social"²²⁹, cual es una terminología que, si bien proviene de la sociología, en el Derecho penal contribuye perfectamente a graficar los contornos de los deberes de la persona en su relación con los demás. La posición de deber se interpreta en el sistema social concreto donde se desarrolla la acción, porque la referencia al ámbito social en particular permite identificar claramente las expectativas normativas que vinculan al titular de la posición de deber con el ámbito social determinado donde su conducta tiene un sentido comunicativo. Por ejemplo, lo que debe o no debe llevar a cabo un procurador público, un fiscal, o un juez, solamente se podrá conocer en el ámbito de la administración de justicia.

En el ámbito social concernido, las expectativas normativas delinean una pauta de comportamiento a modo de un estándar de conducta, cuyo desempeño correcto por parte del portador del rol, o de quien se ubique en una determinada posición de deber, va a posibilitar el funcionamiento de esa parcela social y a la vez de la sociedad en su conjunto. Como cada ámbito social supone una diferenciación respecto de las demás, porque es imposible concebir que el sistema social actúe como un todo, mediante la identificación de la posición de deber (o rol social) se reduce la complejidad de la interacción. Con un ejemplo: el rol del médico director de un hospital se determina de acuerdo a las expectativas normativas asociadas al sector de la medicina. Esas expectativas permiten diferenciar, por una parte, dentro de ese mismo sector, el rol del médico anestesista, de la enfermera, del personal administrativo, etc. Se observa que el rol, en este caso del médico, marca la referencia de un conjunto de expectativas normativas dentro de la sociedad vinculadas al sector particular donde se desenvuelve la acción. Por otra parte, su presencia permite una reducción de la complejidad social que sería difícil de alcanzar si no se tuviera en claro qué deberes debe cumplir un médico, o qué define a un médico, por diferenciarlo de un curandero o de una comadrona. En suma: dentro del sector social concernido la posición de deber tiene un sentido comunicativo y, en relación a los demás sectores sociales, indica una diferenciación.

Una característica elemental de los roles es que se sustraen al ser humano en su individualidad, porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a determinados roles sociales. Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de

²²⁹ Sobre el concepto de "rol social", cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 1958, 15ª ed., Opladen 1977, pp. 32 ss.

anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, pues comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones individuales, con los que no se puede entablar una comunicación en sociedad. En relación a la individualidad, los roles señalan sólo una parte del ser humano, la conducta mínima válida para posibilitar la interacción social. Por decirlo de alguna manera, el rol es la tarjeta de presentación del individuo que lo habilita como un actor social, como una persona en Derecho. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera de la persona en su rol social, bien de fiscal, trabajador, taxista, etc., como una expresión de superación de su individualidad. Imaginemos nomás qué pasaría si un fiscal al desempeñar sus funciones tuviera que aportar todos los datos que comprenden su individualidad. Seguramente fracasaría como actor social en su ámbito laboral, porque, sencillamente la actividad de un fiscal al ser estandarizada no funciona sobre la base de una mezcla de sus deberes de función con ciertos datos de su individualidad como su credo religioso, posición política, opción sexual, etc.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables. Por ejemplo: el salvavidas es tal mientras desarrolla su actividad en la playa, pero cuando se encuentra en un restaurante cenando con su novia ya está en su rol general de ciudadano, o de persona en Derecho. La condición de titular de un rol social obliga a la persona que la ostenta a comportarse de acuerdo a los deberes y derechos que dan contenido a su posición de deber en la sociedad. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social, así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, quien infringe los deberes pertenecientes a su posición de deber asume una responsabilidad penal. Por contra, quien actúa correctamente en el marco de su rol social tiene la garantía de no responder penalmente: su conducta es neutral, socialmente adecuada, forma parte del riesgo permitido, ubicándose en una zona libre de responsabilidad jurídico-penal²³⁰.

2. LOS DELITOS DE DOMINIO (COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN).

En una básica delimitación dogmática puede distinguirse entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber (o delitos que consisten en la infracción

²³⁰ Cf. CARO JOHN, José Antonio, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 83 ss.

de un deber). La terminología se halla asentada en autores como ROXIN, que han realizado un amplio aporte doctrinal a la teoría de la autoría y la participación. En JAKOBS la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor²³¹. Según este novedoso entender, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.

Así, el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes *generales* de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como *deberes en virtud de competencia de organización* –cuyo equivalente en el lenguaje de ROXIN lo constituyen los delitos de dominio–. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos– el de no lesionar a los demás en sus bienes –acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*–; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la *libertad general de configuración* que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado, porque nadie que desee vivir en sociedad, no al menos en una sociedad de libertades, se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus significa que en este momento está haciendo un uso arbitrario de su libertad, o está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le tenga que atribuir una responsabilidad

²³¹ Elemental en este punto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1/7, 7/56 y ss., 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/13 y ss., 29/29 y ss., 29/57; IDEM, “La competencia por organización en el delito omisivo”, pp. 348 y ss., 362 y s.; IDEM, *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss. *Cfr.* además los aportes de: DERKSEN, “Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft”, en GA 1993, pp. 163–176, 170 y ss.; LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 263 y ss.

jurídico-penal. Rige entonces un sinalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias de la administración de esa libertad.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, de *deberes en virtud de competencia institucional* –a los que pertenecen los delitos de infracción de deber–, a los que nos vamos a referir a continuación.

3. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (COMPETENCIA POR INSTITUCIÓN).

3.1. Surgimiento del delito de infracción de deber

ROXIN²³² es el penalista que introdujo en el Derecho penal la categoría denominada *delito de infracción de deber* (*Pflichtdelikt*)²³³. Desde su aparición, el delito de infracción de deber ha recorrido un camino escabroso en la discusión moderna en torno a la autoría delictiva. Por esta razón no es difícil observar diversas tomas de postura sobre el delito de infracción de deber, con voces autorizadas lo admiten y otras que levantan reparos contra el mismo. Aunque también debe reconocerse que estas últimas se levantan la mayoría de veces más a causa de la novedad de los planteamientos que suscita el delito de infracción de deber en el debate de nunca acabar que se vive en el ámbito de la autoría delictiva. En todo caso una exposición sobre el papel de la autoría en los delitos de infracción de deber no es posible si antes no se echa una breve ojeada al contexto histórico y a los antecedentes que motivaron el surgimiento de esta nueva categoría.

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho hizo su aparición la categoría denominada “delito de infracción de deber”²³⁴. Y como era de esperarse, la incursión de este nuevo grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del

²³² Cfr. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed. 1963, pp. 352 y ss.; también un nuevo tratamiento en la 7ª ed. 2000, pp. 695 y ss. Esta obra posteriormente ha recibido diferentes añadidos de nuevos capítulos al final del libro con los que ROXIN ha querido mantener su pensamiento siempre actual frente al desarrollo de la discusión sobre la autoría tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La séptima –y hasta hoy última– edición del libro se publicó en el año 2000.

²³³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 41 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Jurista, Lima 2001, pp. 47 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2001, pp. 149-165.

²³⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen”, en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205–226, 211, quien se muestra escéptico de un modo general con el concepto de “lesión de un deber” por considerarlo “no siempre suficientemente preciso”.

hecho no podría haber sido pacífica²³⁵. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo que caracteriza a la autoría, se hizo inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizás el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente.

Existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que –dicho en términos más directos– sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intra-neus* puede ser autor. En estos delitos no es la mera calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, “el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no”²³⁶. Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, art. 395 CP) no obstante no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

²³⁵ Están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros: SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, passim; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner*, cit., 7/70, 21/115, 28/15; LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 263 y ss., 298 y ss.; IDEM, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. SÁNCHEZ VERA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 66–70; IDEM, “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, en ZStW, N° 105, 1993, pp. 271–294, 286 y ss.; IDEM, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 203 y ss., 210 y ss.

En cambio, no simpatizan con la construcción de los delitos de infracción de deber, también con argumentos variados, entre otros: HARDWIG, Werner, “Über den Begriff der Täterschaft. Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Claus Roxin ‘Täterschaft und Tatherrschaft’”, en JZ, 1965, pp. 667–671; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 12/40; FREUND, George, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, 10/49.

²³⁶ SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 168.

Según el planteamiento de ROXIN, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a *deberes extrapenales* que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”²³⁷. ROXIN cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador²³⁸.

Si bien la categoría del delito de infracción de deber fue descubierta inicialmente por ROXIN hace ya un poco más de cuatro décadas, sin recibir de parte de él posteriormente un desarrollo significativo²³⁹, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado a la misma por JAKOBS²⁴⁰ quien, en el marco de un pensamiento funcional normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia

²³⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 354. Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de ROXIN a partir de la 3ª edición de su monografía sobre la autoría, puesto que en ella ROXIN corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad ROXIN advirtió en que el deber en los delitos imprudentes – deber general de cuidado– se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así *cfr.* la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo ROXIN en la 7ª edición, p. 697.

²³⁸ *Cfr.* ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 386.

²³⁹ En este sentido SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 27 s., resalta que ROXIN no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante, ROXIN ha vuelto a tocar esta problemática, con unas reflexiones breves, y sin reformas de su postura, en *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., § 25/73; IDEM, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., pp. 695 ss.

²⁴⁰ *Cfr.* sólo lo más representativo de su concepción, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7/70, 21/115, 28/15; IDEM, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, 1998, pp. 55 y ss; 67 y ss; IDEM, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, 1993 (manuscrito), pp. 4 y ss.; IDEM, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión”, trad. PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 347–363, 362 y s.; IDEM, “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN/SCHULZ (Eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, pp. 57–72, 63 y ss.; IDEM, “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation” en GA, 1996, pp. 253–268, 257 y ss.; IDEM, “¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” trad. CANCIO MELIÁ, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, 2000, pp. 151–170, 154 y ss; IDEM, “Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten”, en FS-Roxin, 2001, pp. 793–810, 798; IDEM, “Imputación jurídicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma” trad. SÁNCHEZ-VERA, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, 2000, pp. 127–149.

dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

Como vimos líneas atrás, JAKOBS no distingue modernamente entre delitos de dominio y de infracción de deber, sino entre delitos de organización (o de competencia por organización) y delitos de institución (o de competencia por institución):

- Los primeros se relacionan con el deber negativo general del *neminem laede*: no dañar a nadie, o mejor: no inmiscuirse de manera ilegítima en un ámbito de organización ajeno.
- Los segundos, en cambio, se fundamentan en una institución positivo: en el deber positivo que obliga a un sujeto a conformar un mundo normativo en común con otro sujeto. Estos deberes, a diferencia del grupo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un *estatus especial*. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo saca a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales, y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la relación paterno-filial respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el derecho que le corresponde garantizar. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho²⁴¹.

De este modo surgen los delitos de infracción de deber. Su aparición viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio determinante de la autoría. Ahora veamos en qué consisten los delitos de infracción de deber.

²⁴¹ Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 22 ss., 29 ss.

3.2. Contenido del delito de infracción del deber

Lo primero que se desprende de la explicación antes anotada es que la entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría obligatoriamente en dos grandes grupos²⁴²: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber.

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez *–intraneus–* que encarga indebidamente a una de las partes *–extraneus–* la redacción de la sentencia responde jurídico-penalmente como autor del prevaricato a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el *extraneus* tampoco responde como autor²⁴³, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer, porque sencillamente él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el objeto de bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración *–abstracta–* y no en el nivel del suceso *–fáctico–* del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente²⁴⁴.

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, como bien ya puede entreverse de las reflexiones previas, el delito de dominio se refiere al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes *–neminem laede–*. Este deber alcanza a todas las personas, sin excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de “no lesionar” a los demás, es decir, de configurar el

²⁴² Cf. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la autoría.

²⁴³ Aunque puede surgir para él una responsabilidad a título de partícipe porque con su acto de dominio infringe el deber general de “no dañar”, puesto de manifiesto a través de su colaboración a la realización de un delito ajeno, *cfr.* al respecto *infra* III, nota 48.

²⁴⁴ Cf. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 264.

propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: “cuida de que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona”²⁴⁵. Hegel aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: “en tanto que cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona”²⁴⁶. Por eso el mandato jurídico general reza: “sé una persona y respeta a los otros como personas”²⁴⁷. Este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. PAWLİK lo dice aún en términos más claros: “tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras personas en Derecho”²⁴⁸. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común. Quiere decir que cada quien, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente “no debe” azuzar al animal contra unos transeúntes, sino que “debe” sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes²⁴⁹. En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. ¿Cómo ha de cumplir la persona aquél deber jurídico? Esta es una cuestión que sólo a ella atañe, o dicho de otro modo: ¡es su propio asunto! Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente

²⁴⁵ JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 2; también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 264, donde señala que el deber en estos delitos se concreta en el sentido de que “todas las personas tienen que mantener su organización (ámbito de competencia) dentro del Ordenamiento y evitar determinados efectos no deseados de su organización”.

²⁴⁶ HEGEL, Friedrich Wilhelm, *Texte zur Philosophischen Propädeutik*, Werke 4, § 4, p. 233.

²⁴⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 36.

²⁴⁸ PAWLİK, Michael, “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, en GA, 1995, p. 360.

²⁴⁹ Ejemplo sugerido por SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 60.

en la infracción del deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes, a lo que HEGEL se refiere con respetar a los demás como personas.

En el caso de los delitos de infracción de deber la fundamentación del deber jurídico se basa estrictamente en instituciones positivas²⁵⁰, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una “institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”²⁵¹. Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente “no dañe” los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo en su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. Por ejemplo, la relación de padres e hijos obliga a los padres en función de la relación paterno-filial a preocuparse por el cuidado y la seguridad de los bienes de sus hijos. Cuando el padre permite que terceras personas lesionen los bienes de sus hijos, o cuando él mismo los lesiona, con esa actuación destruye aquel mundo en común formado por la relación paterno-filial. De este modo se establece para él una responsabilidad por las consecuencias de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente²⁵².

Este razonamiento ha sido acogido por nuestra Corte Suprema, al pronunciarse sobre un delito contra la administración pública, considera que en el caso específico de los funcionarios públicos, ellos quebrantan expectativas normativas institucionales y no generales:

“[A]simismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público,

²⁵⁰ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 29/58.

²⁵¹ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 29/57, nota 114.

²⁵² Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/2; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 299.

quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición*, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes)²⁵³

A JAKOBS se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal²⁵⁴. Según esta concepción constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, en el caso de los deberes genuinamente estatales: las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho. Si bien muchas de estas instituciones se encuentran positivizadas de un modo disperso en las leyes, lo que da lugar a que a menudo los deberes se deduzcan directamente de la ley, ello no es obstáculo para reconocer la legitimidad de una institución como haz fundamental de derechos y obligaciones para el aseguramiento y fomento de las libertades de la persona. Recientemente MÜSSIG, sobre la base del modelo inicial sugerido por su maestro Jakobs, y partiendo de una perspectiva que toma en cuenta “las condiciones sociales de la institucionalización del Derecho”, propone sistematizar el estudio de las instituciones tomando en cuenta dos clases de condiciones.

Por un lado, las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la “garantía organizada de la seguridad 'exterior' e 'interior'; la que no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder (como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural), sino que es entendida en un sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada del Derecho”²⁵⁵. Estas condiciones fijarían al mismo tiempo el mecanismo y la organización para la consolidación del Derecho; de manera que el portador de estas condiciones actúa con ello en el marco de una relación institucional de garantía. Ejemplos

²⁵³ R.N. N° 4564-2007-Piura, fundamento jurídico N° 3, en *Gaceta penal y procesal penal*, N° 17, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 216.

²⁵⁴ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 29/58, fundamentales son los apartados 29/57–77e, donde hay un estudio ampliado sobre las instituciones en sentido jurídico-penal; IDEM, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, especialmente pp. 19–36, sobre todo porque aquí se tratan con profundidad los criterios de la libertad de comportamiento y responsabilidad por los resultados en conexión con las prohibiciones y los mandatos. También, aunque con una explicación referida más a los fundamentos de los delitos patrimoniales, KINDHÄUSER, “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, trad. CARO JOHN, en *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Lima 2002, pp. 17–34, 19 ss.

²⁵⁵ MÜSSIG, Bernd, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 2002 (manuscrito), p. 21, con más referencias bibliográficas.

de ello son: la policía como garante para la protección frente a los delitos, el juez y las personas puestas al servicio de la administración de justicia o los fiscales como garantes de la persecución penal.

Por otro lado, las condiciones de la existencia personal en Derecho. Estas condiciones han de ser contempladas en dos perspectivas: en primer lugar bajo el criterio generalizado de la “seguridad elemental”; y, de otra parte, según el alcance especial de una “relación diferenciada de cuidado” entre personas, algo así como la socialización primaria. Ambas perspectivas se unen permitiendo que la persona no sea vista como una muestra abstracta de imputación de competencias de organización, sino que ella sea reconocida en el contexto de su personalidad jurídica: “jurídicopenalmente se muestran las condiciones materiales de la existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presupuestas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente”²⁵⁶. En otras palabras –si es que lo entiendo bien–, MÜSSIG está pensando en las condiciones relacionadas directamente con la seguridad elemental de la persona en el contexto social de existencia individual. La seguridad de una existencia es lo que condiciona mínimamente para que luego alguien sea reconocido como persona en Derecho. Por ello, para él resulta determinante la protección organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad básica, siendo los peligros más generales las catástrofes naturales, los accidentes graves, las enfermedades peligrosas y los daños contra el medio ambiente. Las personas vinculadas con la prevención frente a estos peligros, así como con los salvamentos ante las desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía. En estos casos la fundamentación de la competencia institucional no se basa en la condición de ser portador de un deber estatal, sino en la de ser portador de una organización que sustituye la protección estatal elemental, como es el caso de los bomberos voluntarios, de las instituciones privadas de sanidad relacionadas con la Iglesia –pero fácticamente públicas–, o las federaciones médicas de guardia organizada²⁵⁷.

Esto quiere decir que en este segundo grupo de conceptos la imputación jurídico-penal en virtud de una competencia institucional existe con independencia de la configuración estatal de una relación de garantía. Aquí ubica MÜSSIG a la relación paterno-filial como el prototipo de una relación de garantía que impone un deber de protección institucional.

²⁵⁶ Cfr. MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., p. 22.

²⁵⁷ MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit. pp. 23 ss.

De todo lo anterior se desprende que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan solamente a un deber negativo general de “no dañar”, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón el Derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger. Entre el obligado especial y el bien se crea un “mundo en común” que él debe mantener alejado de cursos dañosos. Veamos con un ejemplo la característica de un deber positivo. Imaginemos que un niño, que se encuentra tomando un baño en la playa, y de pronto llega a ahogarse por falta de auxilio, no obstante haber tenido cerca de él a su padre, este último con plena capacidad de poder prestar auxilio inmediato y sin riesgo propio. Pues bien, en este caso, la inactividad del padre da lugar –de acuerdo al Código penal vigente– a un delito de parricidio por infracción de deber (art. 107), llevado a cabo mediante una omisión, porque él con su inactividad quebranta la configuración de un mundo en común creada entre padre-hijo, es decir, lesiona un deber positivo derivado de la institución patria potestad que en este caso le impone el deber de evitar el ahogamiento de su hijo. El Derecho penal espera del padre, como obligado especial que él es, que cumpla su deber de mantener libre de lesiones el mundo en común creado con su hijo²⁵⁸. El deber positivo le impone la obligación de actuar aun cuando él no ha producido la lesión del bien, por la misma razón que el médico de guardia tiene el deber de atender al herido a pesar de no haber creado la lesión. Una vez más: el padre responde como autor del delito de parricidio porque él no es visto de un modo general como una persona en Derecho, sino como un obligado especial portador de determinados deberes positivos, en este caso derivados de la institución patria potestad.

Este razonamiento ha sido asumido por nuestra Corte Suprema, desarrollándolo en el caso de los funcionarios públicos de la siguiente manera:

“Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de ‘infracción de deber’, lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la

²⁵⁸ Es sugerente resaltar aquí lo anotado por JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 3: “los padres deben cuidar del hijo incluso aun cuando no lo quieran”.

conurrencia de los demás componentes del tipo especial- explica la existencia del delito de infracción del deber.”²⁵⁹

“Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito [colusión]; que, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (...); asimismo, esta exigencia formal -de “funcionario o servidor público”- debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial (...), toda vez que su sustento está en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional ‘funcional’ la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”²⁶⁰.

Una cuestión que no debe quedar al margen es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como “delitos especiales” cuyo centro lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor o de la acción, o bien la forma en que un determinado bien jurídico puede ser lesionado²⁶¹. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia “una confusión de planos, pues mientras la dicotomía ‘delitos comunes/delitos especiales’ se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía ‘delitos de dominio/delitos de infracción de deber’ sí recoge una diferenciación material”²⁶². Por decirlo con la terminología dominante: en el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico, una relación consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo

²⁵⁹ Ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 5434-2008-Junín, considerando cuarto, en *Gaceta penal y procesal penal*, N° 15, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p.112.

²⁶⁰ Ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 636-2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de 01 de julio de 2008, considerando tercero; existe otra ejecutoria suprema, R.N. N° 1335-2009 (ponente RODRÍGUEZ TINEO) donde se considera al peculado como un delito de infracción de deber “integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional”, considerando tercero.

²⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 36; también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 23/25.

²⁶² GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 42.

irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Por lo mismo, los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio²⁶³, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización. Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida (art. 190 CP) que sólo lo puede cometer el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son “obligados especiales” en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador, una calidad personal que puede desaparecer en cualquier momento por disposición de cualquiera de las partes.

Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público quien se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 CP). Aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional de la que él no se puede sustraer cuando lo desee porque él ya forma parte de un mundo en común donde actúa como portador del deber de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. En este sentido el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Por esta razón los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las

²⁶³ En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, cit., p. 151.

disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples “delitos especiales”²⁶⁴ porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

Otro aspecto de los delitos de infracción de deber es que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Si bien los tipos regulan por lo común la prohibición general de no dañar, puede plantearse detrás de ellos sin embargo la existencia de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentre positivizado o no. A modo de ejemplo se tiene la regulación del delito de homicidio donde el deber de “no matar” compete a todas las personas. Pero cuando es el propio padre el que da muerte a su hijo, el delito que él comete entonces ya es un delito de infracción de deber porque lesiona la institución conocida como relación paterno-filial que le impone el deber de proteger y fomentar el mundo en común que existe entre padres e hijos. En otros casos los deberes propios de una institución están más claramente positivizados constituyendo un ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función pública en los supuestos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos. Una institución tiene existencia propia, de manera que ella existe con independencia del tipo penal y además “se encuentra sustraída a la disposición del hombre individual”. La configuración del tipo entonces no condiciona la existencia ni el rechazo de un delito de infracción de deber.

3.3. La autoría en el delito de infracción de deber

Llegamos al punto de la autoría en los delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio)²⁶⁵. Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

²⁶⁴ No obstante, así lo considera ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2000, pp. 65 ss.; en contra GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., pp. 41ss.

²⁶⁵ Cfr. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 298.

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe²⁶⁶. Esto es así porque “el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto”²⁶⁷. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, también conocidos como delitos en virtud de una competencia por organización, porque sólo el dominio o la organización puede ser cuantificada y en función de ella determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa²⁶⁸. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriidad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado “el mundo en común” que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección²⁶⁹. Entonces la accesoriidad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber. Sobre la mentada accesoriidad sólo cabe en todo caso una reflexión en los delitos de dominio o de organización, aunque si bien cada vez con mayores reticencias porque en el plano normativo no es posible establecer una relación de accesoriidad o dependencia de la participación respecto de la autoría, cuestión que sí parece relucir con mayor notoriedad en el plano psicologizante o naturalístico. Por su importancia, esta cuestión merece un estudio por separado que en todo caso no es posible desarrollarlo en este lugar. Ya que la accesoriidad de la participación es un elemento extraño a los delitos de infracción de deber, no le ha faltado razón a Jakobs al afirmar que “más

²⁶⁶ No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un monto considerablemente superior al precio real porque el alcalde corrupto así se lo ha pedido. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar “*neminem laede*” (pues, sólo son personas), ellos sólo podrían responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo a la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Por esta razón, me parece discutible la regulación del Código penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

²⁶⁷ MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., p. 18.

²⁶⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, pp. 170.

²⁶⁹ Cfr. JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 5.

precisa que la denominación 'delitos de infracción de deber' sería la de 'delitos con deber que pasan por alto' la accesoriadad"²⁷⁰.

Que en los delitos de infracción de deber no rija la accesoriadad de la participación da lugar a una consecuencia dogmática importante: todos los actos del obligado especial que comporten una lesión para los bienes que debe proteger generan para él una responsabilidad penal a título de autoría. Mostrándolo con un ejemplo: cuando una mujer y su amante son descubiertos en la habitación conyugal por la hija menor de ella, de 12 años, y el amante con la finalidad de ocultar la relación amorosa decide matar a la menor, para lo cual la madre le facilita un cuchillo, sin duda el amante responde como autor del homicidio (art. 106 CP), ¡pero la madre también!: si bien lo más preciso es que responda como autora del delito de parricidio (art. 107 CP). Desde el plano del dominio del hecho el aporte de la madre (facilitar el cuchillo) pareciera ser menor en comparación a la del amante (dar muerte con el cuchillo), por lo que podría pensarse que ella es sólo partícipe y no autora. Sin embargo, esta solución sería correcta sólo si en vez de la madre otra persona hubiese facilitado el cuchillo. Como a la madre le une una relación institucional con su menor hija, la infracción de su deber institucional fundamenta para aquélla una autoría de un delito de infracción de deber, que en este caso es el delito de parricidio. El deber institucional de la madre consiste en proteger los bienes de su hija frente al ataque de terceros y no así fomentar su lesión. Por ello no es necesario que la madre por sí misma tenga que introducir el cuchillo en el cuerpo de su hija para convertirse en autora: desde el momento en que ella dio a luz a su hija surgió un “mundo en común” entre ellas de la que no se puede desentender. La autoría por el delito de infracción de deber desplaza en este caso y en otros semejantes toda posible participación accesoria desde el punto de vista de la organización, y esto en virtud de las elementales reglas de concurso de delitos.

Un caso que puede resultar aun más provocativo que el anterior, pero que sirve para graficar de una mejor forma el título de autor como signo distintivo de los delitos de infracción de deber, es el de la intervención omisiva de un obligado especial en un delito cometido activamente por otro obligado especial. Introduciendo una variante en el caso recientemente expuesto: ahora la madre, que odia a su hija de 12 años porque ésta la ha descubierto en el adulterio, otro día al ver cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impasible y sin hacer nada para impedir la violación, aun pudiendo hacerlo. Aquí la madre –lo mismo que el padre– tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (art. 173 CP).

²⁷⁰ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/119.

En efecto, como la conducta típica está descrita en los términos de “practicar el acto sexual u otro análogo con un menor”, el “practicar el acto sexual” no condiciona necesariamente una realización típica mediante acción, por la misma razón de sí, en vez de una violación sexual, el caso se trataría de un homicidio (art. 106 CP), cuya descripción típica “matar a otro” tampoco dice nada acerca de si el tipo deba ser realizado mediante una acción o una omisión. El comportamiento omisivo de la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes su hija, es decir, un deber asegurado institucionalmente en virtud de la patria potestad. Cuando el portador de un deber especial no administra correctamente su ámbito de competencia institucional no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión. Justamente en esto radica precisamente lo anotado al principio de este apartado, en el sentido de que la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma que en se lleve a cabo la conducta lesiva. Lo que quiere decir que la distinción entre acción y omisión sólo expresa el aspecto externo de la conducta, por lo que en el presente caso no hay nada que impida la responsabilidad de la madre como autora de un delito de violación. Ella lesiona un deber especial fundado en la relación paterno-filial que le fija el deber de hacer todo lo posible para mantener los bienes de su hija protegidos frente al ataque de terceros.

Por lo tanto, se sostiene lo siguiente: en los delitos de infracción de deber no existe ninguna diferenciación de las distintas formas de intervención, ni cualitativa ni cuantitativa. Rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber que defina una posición institucional, realizada mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudiera admitir la posibilidad de una diferenciación, conduce a una responsabilidad por igual y completa: el obligado especial responde siempre como autor.

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría conocidas como coautoría y autoría mediata²⁷¹.

La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Visto con un par

²⁷¹ En profundidad sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 147 ss.

de ejemplos: a) Cuando el policía, a quien se le ha encargado la vigilancia de un delincuente sexual, ante el sufrimiento moral de los padres de la víctima, se pone de acuerdo con el hermano de ésta para darle al detenido la paliza de su vida, tanto el policía como el hermano responderán cada uno como autores individuales por el delito de lesiones; pero, mientras el hermano es autor de un delito de dominio, el policía responde como autor de un delito de infracción de deber. El hermano viola el deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes y el policía lesiona su deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas. No existe coautoría entre ambos autores, a pesar de haberse repartido conjuntamente el trabajo; b) en un sentido similar, cuando diferentes obligados especiales cometen el mismo delito, tampoco existe coautoría. Por ejemplo: dos funcionarios que tienen bajo su custodia caudales públicos sistemáticamente disponen del dinero para su provecho personal. Si bien ambos cometen el mismo delito, desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos responde como autor individual por el delito de infracción de deber. Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, ciertamente aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones. A pesar de que la acción ejecutiva pueda haber sido llevada a cabo conjuntamente, no existe una lesión común del deber especial.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata²⁷². Que el hombre de delante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. Igualmente cuando tanto el hombre de delante como el hombre de detrás son dos *intranei*. Ejemplos: a) el juez (*intraneus*), que por casualidad está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria influyó sobre la novia del ahora juez para que lo deje, deseando vengarse de aquél, determina a un falsificador de documentos (*extraneus*) para que elabore unas pruebas falsas para poder sin condenar sin dificultad al antiguo compañero de estudios; b) la esposa (*extraneus*) que determina a su esposo alcalde (*intraneus*) a apoderarse de los caudales públicos para así poder tomarse unas vacaciones en una playa caribeña; c) el ministro de salud (*intraneus*) que determina al director de un hospital (*intraneus*) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal del hospital. En todos estos supuestos el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el

²⁷² Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 360.

actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor.

En suma, las diferentes modalidades de autoría descritas en el art. 23 CP se refieren sólo a una distinción fenomenológica de los diversos actuantes que tomen parte en un hecho, una distinción que en todo caso sólo sirve para establecer de forma más clara la posición fáctica del actuante durante la “realización” del hecho en su conjunto. Los términos empleados por las referidas regulaciones no aportan los criterios normativos para la determinación de una genuina autoría jurídico-penal. Corresponde entonces a la dogmática la concreción de dichos criterios, para lo cual tendrá que establecerse si se trata de la autoría en un delito de dominio o en un delito de infracción de deber. En el caso del delito de infracción de deber deberá tomarse en cuenta que el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice en una situación típica. El obligado especial en el delito de infracción de deber ha nacido sólo para ser *autor* directo, y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe. En este modelo rige el principio de autoría única.

4. ¿AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER?

Una de las problemáticas que, en el seno de la teoría de la autoría y la participación, han despertado un mayor interés en la literatura especializada es, sin duda, la cuestión de la intervención delictiva desde la perspectiva de la criminalidad estatal²⁷³. A este respecto, ROXIN llamó la atención, ya hace medio siglo, en su escrito de habilitación de 1963, sobre la responsabilidad en los llamados *aparatos organizados de poder*. La relevancia de la cuestión es patente: porque su aplicación puede trasvolarse, como ha señalado POLAINO-ORTS, sin problema alguno a todo tipo de fenómeno de delincuencia organizada, desde la asociación ilícita a complejas formas de bandas armadas o terroristas, pasando por la responsabilidad personal de las personas jurídicas y por la criminalidad compleja en el ámbito de la Administración pública²⁷⁴. Ya el propio ROXIN consideró con visión a largo alcance y con intuición jurídica que “(...) un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de criminalidad organizada”²⁷⁵.

²⁷³ ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, traducción de Enrique ANARTE BORRALLO, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 1999, p. 191.

²⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 395.

²⁷⁵ ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación”, op. cit., pág. 191.

A partir de las aportaciones de ROXIN y su teoría de los aparatos organizados de poder se ha desarrollado en la dogmática moderna los criterios de imputación (y dentro de ellos, de intervención delictiva) de los denominados delitos de estatus o de organización, así como de la ya mencionada problemática de la responsabilidad de la persona jurídica. Los delitos de organización (la criminalidad organizada en terminología criminológica) se caracteriza por su estructura compleja y por su carácter esencialmente delictivo: constituyen sistemas especializados en la comisión de delitos donde ya la mera conformación conforma un delito en sí mismo. Por ello, ha señalado POLAINO-ORTS, representan un sistema antisocial que va más allá de la mera agrupación formal de autores individuales²⁷⁶. La organización es considerada una entidad aparte, nueva, frente a los entes individuales que le dan vida. Por esta razón, se distingue nítidamente a efectos de imputación de responsabilidad penal, entre las personas físicas que emplean el sistema criminal como herramienta y la organización criminal en sí. Ambas categorías conforman figuras o instituciones diferentes que han de ser tratados de manera diferenciada aunque complementaria. Desde el prisma de la imputación penal, existe una escisión entre la entidad jurídica y los sujetos (miembros) que la integran²⁷⁷. Ello no debe confundirse y pensarse que este modelo posibilita la impunidad de cualquiera de los sujetos, sino que permite extender el ámbito de responsabilidad penal a los sistemas de criminalidad organizada. Esta clase de sistemas conforman, en suma, empresas dedicadas al delito²⁷⁸.

Uno de los casos de la jurisprudencia nacional que mayor interés han despertado, no sólo desde el punto de vista social y político, sino desde la óptica jurídico-penal, ha sido el Caso del ex-Presidente Alberto Fujimori Fujimori, donde se pone a prueba la responsabilidad de una aparato organizado de poder y de un obligado especial que tiene el deber de garante en relación a los hechos de sus subordinados. La trascendencia de este caso ha traspasado las propias fronteras nacionales, y especialistas de todo el mundo han debatido, incluso por escrito, sobre los extremos más saltantes del presente caso, desde ROXIN a JAKOBS, y desde SCHROEDER a AMBOS, pasando por otros conocidos especialistas²⁷⁹.

²⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 395.

²⁷⁷ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 395.

²⁷⁸ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 395.

²⁷⁹ Véase, a modo de ejemplo, el libro colectivo dirigido por Kai AMBOS / Iván MEINI, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, ARA Editores, Lima 2010 así como el número especial de la Revista alemana ZIS-Online, donde se publican algunos de esas colaboraciones, en alemán, más algunas en castellano, debida a conocidos penalistas peruanos: GARCÍA CAVERO, CARO CORIA y PARIONA ARANA.

En relación a los aparatos organizados de poder, construyó ROXIN su renombrada tesis de la autoría mediata: “(...) serán también autores, y precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores”²⁸⁰. En este sentido, concurre una estructura compleja donde conviven mando y subordinados: el primero emite una orden desde la cúpula de poder y los subordinados tienen la obligación de obedecer, por ejemplo, privando de la vida a quienes se les haya indicado imperativamente. En este tipo de casos la doctrina, desde ROXIN para acá, optó por responder que se trata de un caso de autoría mediata.

El caso del que partió ROXIN es el conocido caso Eichman, funcionario del régimen nacionalsocialista que conminó al exterminio de judíos durante la 2ª. Guerra Mundial. En este sentido, la teoría del *autor detrás del autor* (*Täter hinter dem Täter*), planteada por SCHROEDER²⁸¹ y por otros autores, ponía sobre la mesa una cuestión de extraordinaria relevancia, a saber: si el hombre de detrás puede actuar como autor mediato y si -y en qué medida- el hombre de delante (ejecutor material) puede actuar como instrumento y al mismo tiempo tener responsabilidad penal como autor²⁸². ROXIN acepta tal supuesto, sobre la base de su doctrina sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder²⁸³, o -más concretamente- como *autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder*.

La aplicación para los supuestos de soldados que ejecutaban órdenes de superiores actuando (los soldados) con libertad en cuanto a la decisión de acatar la orden sin que mediara error o coacción en ellos que les permitiera atenuar o disolver su responsabilidad²⁸⁴ es, por entero, aplicable caso Fujimori y, por extensión, a todos los delitos de organización estructurados sobre la base de una ordenación jerárquica.

No obstante en los sistemas de injusto la solución de la autoría mediata no es completamente satisfactoria:

- Por una parte, porque es realmente difícil imaginar que un sujeto que pertenece, *motu proprio*, a una determinada organización criminal no

²⁸⁰ ROXIN, “Problemas de autoría y participación”, cit., p. 191.

²⁸¹ SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, passim.

²⁸² ROXIN, “Problemas de autoría y participación”, cit., p. 191.

²⁸³ ROXIN, “Problemas de autoría y participación”, cit., p. 192.

²⁸⁴ MEINI, Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra Editores, Lima 2008, p. 23.

actúe de acuerdo a los parámetros que justificaron su ingreso, aceptando el programa criminal de la organización en la que se inserta.

- Y por otro porque dogmáticamente es imposible fundamentar una autoría mediata donde el ejecutor material no es instrumento sino sujeto plenamente responsable: porque una de dos: o nos encontramos ante un supuesto de doble responsabilidad (coautoría, instigación, etc.) o nos encontramos ante un caso de autoría mediata. Y si estamos en este segundo supuesto, entonces el ejecutor tiene que ser instrumento mecánico no responsable. Y lo queremos hacer responsable penalmente, entonces no estamos ante un caso de autoría mediata. *Tertium non datur.*

5. Resumen.

1. La autoría y participación (o, en lenguaje moderno: la intervención delictiva) expresa el *nivel de implicación entre el sujeto y el acto*. Un parámetro tradicional para medir ese nivel es la llamada accesoriadad (de la participación), que puede ser mínima, limitada o máxima.

2. Las teorías doctrinales que se han esbozado para explicar la intervención delictiva pueden resumirse en *teorías subjetivas*, *teorías formal-objetivas* y en la llamada *teoría del dominio del hecho*, que es la predominante en la doctrina. A nuestro juicio, ninguna de ellas alcanza a explicar correctamente la intervención delictiva. En cambio, propugnamos un criterio cuantitativo (no cualitativo) en el que autoría y participación no sean dos cosas diversas sino graduales.

3. El CP alude a diferencias fenomenológicas de la intervención (autoría directa, autoría mediata y coautoría, instigación, complicidad primaria o secundaria, actuar en lugar de otro) pero no menciona el fundamento de punición del partícipe, que es propiamente la infracción de la norma.

4. Sólo una conducta culpable puede infringir la norma y, por tanto, alcanzar el nivel de una intervención punible en el sentido de los arts. 23, 24 y 25 CP.

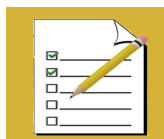
5. Cada interviniente conforma el “colectivo típico” y su responsabilidad depende de su “posición de deber”, o lo que es lo mismo: la transcripción en lenguaje penal de la infracción del “rol social” de cada sujeto.

6. Al momento de infringir la norma el actuante forma parte de un colectivo típico donde los intervinientes que lo integran son por igual imputables objetivamente. No hay así en el ámbito de la tipicidad una distinción cualitativa entre autoría y participación. La distinción entre autoría y participación es un asunto de la determinación e individualización de la pena (arts. 45, 46 y 46-A CP), para lo cual son determinantes los criterios cuantitativos basados en la diferente envergadura de las aportaciones individuales.

7. La intervención delictiva se excluye cuando la aportación es brindada en el ejercicio de un rol estereotipado (conducta neutral). En este caso rige una prohibición de regreso, en virtud de la cual el comportamiento neutro se *distancia* del delito en el que se ve involucrado, es decir, no forma parte del colectivo típico generado por el delito.

8. La vieja delimitación dogmática entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber debe abandonarse por la de delitos de competencia por organización y delitos de competencia institucional: los primeros infringen un deber negativo general (*neminem laedere*) y los segundos necesariamente un deber positivo institucional. El caso Fujimori es un supuesto paradigmático de esto último. Conforme a esas mismas reglas se resuelven los supuestos de participación de un *extraneus* en un delito especial.

9. La construcción roxiniana de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es científicamente errada. En cambio, se debe aplicar la doctrina de los delitos de competencia institucional por infracción de un deber positivo.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es la diferencia entre autoría y participación según la teoría del dominio del hecho?

2. ¿En qué consiste el delito de infracción de deber, cabe la participación dentro de esta forma de intervención delictiva?

3. ¿Cabe diferenciar coautoría y complicidad primaria?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) - JAKOBS, Günther, "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.
- 2) ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1998.

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD VI

LOS DEBERES DE GARANTE

PRESENTACIÓN

La determinación de un rol jurídico no es hecha al azar, sino que tiene un fundamento normativo: la esfera de derechos y deberes que porta el ciudadano en el contexto normativo concreto. Los deberes que portan lo hacen garante por el incumplimiento de los mismos, estando su nivel de incumbencia en función al tipo de deber quebrantado. A más importancia del deber (deberes positivos), mayor es la incumbencia de la persona.

En la presente unidad presentaremos el estado actual de la discusión sobre los deberes de garante. Para ello, comenzaremos analizando la distinción entre acción y omisión, la cual se daba por sentada muchos años en la doctrina; sin embargo, tal como observaremos en el texto, consideramos que dicha distinción es realmente artificial y, por tanto, la misma carece de relevancia para la imputación jurídico penal. Posteriormente, analizaremos los distintos tipos de deberes de garante que es posible incumplir.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Es necesario distinguir entre acción y omisión?
2. ¿Cuáles son los deberes de garante existentes?
3. ¿Qué importancia tienen los deberes de garante para la imputación jurídico-penal?

1. PREGUNTAS Y (POSIBLES) RESPUESTAS.

Partamos con algunos ejemplos:

(1) Dos viandantes observan a un menor sobre la calzada, donde yace desangrándose tras ser atropellado. Uno de los viandantes es el padre del menor; el otro, un tercero ajeno al mismo. Ambos deciden, por separado, marcharse del lugar. Minutos después el menor perece²⁸⁵.

(2) La madre no amamanta a su hijo recién nacido y éste muere a consecuencia de ello²⁸⁶.

(3) El padre degüella a su hijo recién nacido porque éste no lo deja dormir con sus llantos.

(4) El policía P1 mira con indiferencia cómo su subordinado de patrulla P2 extorsiona a unos transeúntes exigiéndoles dinero indebidamente, y no hace nada para impedirlo²⁸⁷.

Estos ejemplos triviales nos suscitan preguntas fundamentales de Dogmática penal, del estilo:

- ¿Castigamos con mayor pena al padre que al tercero viandante, aunque los dos realizan la misma conducta (omitir toda ayuda o salvamento al menor en peligro)?
- ¿Castigamos con menor pena a la madre por el delito de parricidio (art. 107 CP), porque a diferencia del padre no realizó el delito de forma comisiva, sino por omisión?
- ¿Castigamos más suavemente al policía P1 por el delito de extorsión (art. 200 CP) porque a comparación del policía P2 no ejerció directamente la

²⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª. edic., Sevilla 2012, p. 78 s.

²⁸⁶ Caso clásico de la omisión impropia cuya referencia puede verse en el refinado estudio de la omisión de CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El delito de omisión impropia*, San José de Costa Rica 2007, passim, en especial la p. 25 donde da cuenta que este caso constituyó inclusive un supuesto de regulación del Digesto, con referencias a PAULUS, 2 lib. sent. D. 25, 3, 4: “*Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*”.

²⁸⁷ Este es un caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema (R.N. N° 2528-99-Lima, de 25 de agosto de 1999), donde se condenó como autor del delito de extorsión a un policía “por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole por ello el resultado lesivo perfectamente imputable”.

violencia requerida por la acción típica sobre las víctimas, habiéndose limitado tan solo a omitir su deber de garante?

- ¿A efectos de imputar responsabilidad penal a los autores mencionados necesitamos equiparar la omisión con una acción (o sea, si ellos hubiesen evitado activamente el resultado, éste no se habría producido por ser portadores de un deber de evitación de resultados)?

2. ROL Y DEBER JURÍDICO: LAS MEDIDAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

De las preguntas que se han planteado recién se desprende una primera consecuencia principal: el Derecho penal no castiga a un sujeto por lo que hace o no hace, sino por el deber que infringe²⁸⁸. Por ello, aunque importantes tratadistas han resaltado que la acción (y la omisión) conforman el fundamento ontológico inexcusable del Derecho penal (“es el concepto fundamental de la doctrina del delito”, escribe, por ejemplo, JESCHECK²⁸⁹), lo cierto es que ese concepto interesa únicamente en lo que tiene de sentido jurídico: como expresión de sentido que significa negación de la vigencia la norma. Es decir, al Derecho penal no le interesa el mundo de lo fenomenológico (lo ontológico, lo naturalístico) sino el mundo de lo jurídico. Si no fuera así no podría aceptarse, por ejemplo, la existencia de la legítima defensa como causal de justificación (el sujeto que lesiona un bien ajeno sería castigado por ello, al producir una lesión ontológicamente palpable) y el padre que, en el ejemplo anterior, dejara perecer al menor sería castigado con la misma pena que el tercero viandante que realizara idéntica conducta omisiva: desde la perspectiva fáctica, ambos han realizado lo mismo.

Por ello, con perspicacia ha señalado recientemente POLAINO-ORTS²⁹⁰ que “desde el punto de vista fáctico, delito y pena son idénticos: ambos consisten en la privación (total o parcial) de un bien”, de manera que, por ejemplo, “el delito de robo consiste en un atentado contra el bien “patrimonio”, exactamente igual que la pena de multa, y la pena de muerte constituye la privación de una vida ajena, lo mismo que el delito de homicidio”, y sin embargo “no obstante esta identidad substancial (meramente fáctica), delito y

²⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Lima, 2009, p. 15 ss.

²⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen 1961, p. 139. En sentido similar, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Madrid 1996, p. 247 ss., para quien “parece preferible la posición clásica de considerar a la acción o conducta humana como elemento autónomo, que es la base de todos los demás elementos delictivos: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad -en su caso punibilidad-, que califican y caracterizan a aquélla”, siendo así además que “la conducta o acción humana es requisito tanto de los delitos comisivos como de los omisivos, por lo que debe examinarse antes de pasar a la división de ambas clases de delitos”.

²⁹⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación*, Lima 2012, p. 15.

pena tienen una consideración *normativa* muy diferente: mientras que uno -el delito- es un atentado intolerable contra un derecho fundamental, otra -la pena- es un instrumento imprescindible para la protección de derechos fundamentales del ciudadano o de la Sociedad”. Por ello, el mencionado autor explica “esa aparente contradicción” de la manera siguiente: “delito y pena pueden ser substancialmente idénticos desde el punto de vista fáctico, pero eso es absolutamente indiferente desde el punto de vista jurídico; desde esta óptica, delito y pena se diferencian de raíz porque uno atenta contra el concepto de persona y otro lo “salva”, lo mantiene “a flote”.

Sucede, pues, que las distinciones ontológicas no se corresponden con las distinciones jurídicas. El mundo del Derecho tiene un código diferente cuya relevancia no reside en el *factum* sino en el *responsum*. Esa responsabilidad jurídica se *mide* por un concepto fundamental: el del rol social²⁹¹, fundamental en el mundo del Derecho penal. En función del rol que tenga cada sujeto en concreto, el sujeto tendrá una u otra responsabilidad penal. El rol tiene contenido material un haz de derechos y de deberes jurídicos²⁹², que marcarán, en caso de infracción, la medida y el *quantum* de la responsabilidad penal. Por ello, el concepto central de la responsabilidad no es el de acción ni el de omisión, sino el de rol.

De lo anterior se deriva la idea de que la Sociedad es, para el mundo del Derecho penal, vigencia de normas. Las normas rigen no por el hecho de que se junten las personas (el grupo no garantiza la Sociedad) sino cuando existe verdadera relación jurídica entre ellos, cuando cumplen su rol social, cuando cumplen su deber y cuando responden si lo incumplen. El deber jurídico depende en todo caso del concreto contexto social.

En el riesgo permitido a toda persona se le asigna un ámbito de competencia. Toda persona que participa en sociedad porta deberes y lo que está dentro de su deber forma su ámbito de competencia. Este ámbito está formado por el deber general: respetar a los demás. Pero hay personas que quebrantan su ámbito de competencia y realizan conductas penalmente relevantes, superando el riesgo permitido.

²⁹¹ Cf. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Lima 2008, *passim*.

²⁹² POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?” en Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México D.F., 2009, pp. 63 ss.; IDEM., “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Urs KINDHAUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Lima 2009, pp. 15 ss.

Como ha señalado POLAINO-ORTS, el rol jurídico de la persona cumple una triple función en la Dogmática penal²⁹³:

1. En primer término, el rol cumple la función de configurar un ámbito de organización personal, es decir, un ámbito donde la persona es jurídicamente competente.
2. En segundo lugar, el rol da la medida de la propia responsabilidad del sujeto. Ello significa que cada sujeto responde penalmente en la medida en que infringe un deber jurídico, que no es cualquier deber, sino uno que forme parte del propio rol del sujeto.
3. Finalmente, el rol significa el límite de la propia responsabilidad penal de cada cual, pues un sujeto sólo puede responder jurídico-penalmente si infringe un deber propio y en ningún caso si se infringe un deber ajeno.

Lo expuesto vale o debe valer tanto para la persona física como para la jurídica. Ambos son titulares de derechos y deberes y ambos tienen capacidad de responsabilidad jurídica. Por ello, el argumento principal para la aceptación de la responsabilidad penal de la persona jurídica proviene del propio concepto de persona, que no es un concepto natural ni ontológico sino un concepto jurídico: quien tiene deberes, puede incumplirlos. Y si los incumple, tiene responsabilidad, cuya medida depende del rol que el sujeto cumpla en el caso concreto.

Así, por ejemplo, un magistrado tiene, en la medida en que es funcionario público, unos concretos derechos y unos determinados deberes, que identifican y caracterizan el rol del titular. Su responsabilidad dependerá de si adecua su comportamiento a su rol o si infringe ese rol, es decir: si cumple sus derechos dentro de lo permitido y si cumple sus deberes: por ejemplo, el de dictar sentencias justas. Si lo hace, contribuye con su comportamiento a que la Sociedad funcione. Si no lo hace, infringe un deber jurídico que tiene como consecuencia la depuración de una responsabilidad penal que restaura jurídicamente la infracción del deber.

²⁹³ Así, por ejemplo, recientemente, POLAINO-ORTS, “Derecho penal de la Administración pública: concepto, evolución histórica y contenido”, en POLAINO NAVARRETE (Dir.) / RANDO CASERMEIRO / POLAINO-ORTS, *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*, Sevilla 2012, p. 19.

3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LOS DELITOS DE OMISIÓN.

3.1. La omisión como sentido

Desde una perspectiva ontológica tradicional, existe una distinción fáctica evidente entre acción y omisión. En la actualidad esa perspectiva debe abandonarse. La distinción entre acción y omisión es puramente fenomenológica. Desde una posición normativista, la acción y la omisión no se diferencian jurídicamente, lo que cuenta es la expresión de sentido de la conducta. Por ello, a modo de ejemplo, el incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de encender fuego para calentar comida, como a la omisión de apagarlo cuando el excursionista regresa a su casa (GIMBERNAT ORDEIG²⁹⁴).

En la Dogmática de los delitos de omisión se ha experimentado, pues, un proceso de des-ontologización, al que nos referiremos más por lo extenso en el apartado siguiente. Conforme a ese proceso, el deber de garante es común a la acción y la omisión, y la conducta interesa al Derecho penal en tanto supone una expresión de sentido, generando responsabilidad penal en la medida en que impide o perturba el sentido jurídico social que se halla estatuido en la norma penal.

3.2. Naturaleza del deber jurídico de la omisión: en especial, la posición de garante

Existen dos clases de omisiones punibles: la llamada *omisión propia* y la llamada *omisión impropia*, también conocida por *comisión por omisión*. Ello dependerá, fundamentalmente, de cómo se encuentre tipificada la omisión en el Código Penal. Pero en un análisis más detallado se pueden hallar algunas diferencias más. Como ha señalado con precisión Polaino Navarrete “la omisión (y también la acción) penalmente relevante consiste siempre en la infracción de un deber. La única diferencia normativa existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un movimiento corporal y la otra la ausencia de ese movimiento, sino precisamente en el deber jurídico en que en cada caso se infringe. Por ello, las peculiaridades o características esenciales de la omisión pura o propia hemos

²⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257 ss. (también en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo L, fasc. único, 1997, pp. 5 ss.); IDEM, “Das unechte Unterlassungsdelikt”, *ZStW* (111), 1999, pp. 307 ss.; IDEM, “Comentario al artículo 11”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 409 ss.

de encontrarlas en torno a la noción de deber, y concretamente en lo que se refiere a: a) la naturaleza; b) la titularidad y c) el alcance de ese deber”²⁹⁵.

Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG²⁹⁶ considera que el deber que fundamenta la comisión por omisión, esto es, el deber de garante, ha de presentar necesariamente una naturaleza extrapenal (por ejemplo: civil –como es el deber de los padres respecto de los hijos menores– o administrativa –como es el deber de los funcionarios respecto de los ámbitos funcionariales a su competencia–), mientras que el deber de la omisión pura es estrictamente penal, como es el que obliga a cualquier sujeto a proveer ayuda o socorro a quien lo demande.

Así las cosas, las omisiones propias se caracterizan por tener un deber expresamente tipificado en el Código Penal. Así, son ejemplos paradigmáticos el tipo de omisión de socorro (art. 127), la omisión de denuncia (art. 407) y el incumplimiento de funciones (art. 377).

Presupuestos de estas figuras son, en primer término, que ha de tratarse de un deber jurídico positivizado. En segundo lugar, que exista la capacidad de cumplimiento del deber, una capacidad jurídica y psicofísica. Y, finalmente, la existencia de una situación generadora del deber: en la omisión de socorro es, por ejemplo, una situación de necesidad que jurídicamente determina la conveniencia de su existencia. En todo caso, se trata por lo general de deberes comunes (no especiales), de los que son titulares todos los sujetos (y no sujetos especiales) y cuyo alcance en cuanto a la responsabilidad es sensiblemente inferior al alcance de los deberes especiales (de garante).

El reconocimiento de la omisión propia tiene origen histórico en el pensamiento de Feuerbach, el padre del Derecho penal moderno, que en 1794, contribuyó a la redacción del Código Prusiano y en 1801 redactó la primera obra sistemática de Derecho penal en época moderna. En su opinión, existe una obligación originaria de todos los sujetos de no dañar a nadie en sus derechos, y deben tipificarse obligaciones especiales en la Parte General y construir una cláusula de equivalencia, que será aplicable en los tipos de la Parte Especial. Pero la cláusula de equivalencia únicamente tiene sentido si se parte de una perspectiva ontológica, mas no si se defiende una identidad normativa entre

²⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de teoría del delito*, cit., p. 77.

²⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, cit., pp. 264 ss. (*ADPCP*, 1997, pp. 12 ss.).

ambas formas de infracción de la norma, de manera que la diferencia entre acción y omisión sea únicamente fenomenológica.

Las omisiones impropias son la expresión de un deber especial no tipificado expresamente en el Código Penal, pero que impone un deber de evitación de una lesión por el contenido del deber jurídico del tipo penal concernido. Generalmente esta omisión se ha explicado mediante la alusión a dos fuentes especiales de garante: la ley y el contrato. Pero esta distinción es excesivamente formalista. Hoy, en cambio, la clasificación se realiza según el contenido del deber. Se trata, pues, de una posición funcional según la cual pueden distinguirse una triple diversidad de deberes jurídicos: deberes de aseguramiento, deberes de salvamento y deberes de asunción, que veremos más adelante.

Los delitos de omisión impropia se refieren, pues, a deberes especiales, y no meramente comunes, de los que son titulares únicamente sujetos diferenciados (sujetos especiales) y su alcance, en lo que hace al *quantum* de la responsabilidad penal, es manifiestamente superior al de los deberes comunes. Por ello, el deber especial es personalísimo, y además no se delega, lo que se delega es la organización de dicho deber, mas no su titularidad. Así, el padre sigue conservando la titularidad del deber de garante respecto de su hijo menor aun cuando ceda su organización puntual y concreta a la niñera durante su obligada ausencia.

El garante es, en todo caso, un obligado especial que queda vinculado de manera particularmente intensa con una concreta situación jurídica. La “posición de garante” no la ocupa, pues, cualquier sujeto sino únicamente determinados sujetos a quienes específicamente se atribuye una determinada cualidad jurídica que le separa y distingue del común de ciudadanos y que vincula y obliga al omitente a una especial salvaguarda jurídica.

La jurisprudencia del Subsistema Anticorrupción es enriquecedora a este respecto al precisar que:

“La propia posición de garante es un rol autónomo con contenido propio; por eso se afirma, haz todo lo que sea necesario para evitar daños en tu esfera de protección”²⁹⁷.

²⁹⁷ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 18, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 472, agrega: “(...) en su posición de garante [el imputado] tuvo el deber de controlar y supervisar el proceso de la AMC N° 54 de acuerdo a ley, en especial, que las empresas postoras sean competentes en brindar un servicio que se vincule al objeto social detallado, lo que no ocurrió en el presente caso con la empresa ganadora, por el contrario no ha garantizado que FONAFE adquiera el motor en mejores condiciones de precio y calidad, infringiendo con su accionar los principios (...) de la Ley de Contrataciones del Estado”.

La expresión “posición de garante” (en alemán: *Garantenstellung*) se debe a NAGLER²⁹⁸, quien parece que la empleó por primera vez en los finales años 30 del siglo pasado, y desde entonces se ha convertido en un criterio básico y fundamental para distinguir ambas clases de omisión punible²⁹⁹.

4. PERSPECTIVAS PROYECTADAS DE LA OMISIÓN PUNIBLE.

Desde una perspectiva ontologicista de la omisión la omisión tiene menor envergadura jurídica que la acción por no reunir el impulso y la energía exterior reconocible a la acción. Así, en los ejemplos mencionados al inicio de este capítulo, tanto la madre como el policía *P1* se harían acreedores de una condena atenuada porque la madre no imprime fuerza alguna para producir la muerte del recién nacido y porque el policía *P1* no violenta con energía a las víctimas. Lo sintomático de esta forma de solución es su parentesco con la regulación actual de la omisión contenida en el Código penal, concretamente en el art. 13, último párrafo, que señala “*la pena del omiso podrá ser atenuada*”. Si bien es cierto que esta atenuación en el Código penal es potestativa, también lo es que con ello se evidencia una estructura conceptual de tratamiento diferenciado de la acción y la omisión basada en el mero naturalismo con repercusión directa sobre la pena.

También de la mano de un pensamiento ontologicista habría que responder afirmativamente a la tercera pregunta, de que sólo sería posible imputar a los padres y al policía sus respectivos delitos si la omisión llevada a cabo por ellos es convertida a un hacer positivo, porque siendo el parricidio y la extorsión delitos de resultado sólo serían posibles de ser consumados de forma comisiva. Justamente avala este procedimiento de transformar la omisión en una comisión la denominada “cláusula de correspondencia”³⁰⁰ en virtud de la cual el omitente portador de un deber de garante será sancionado si su omisión *corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer* (inc. 2 del art. 13

²⁹⁸ NAGLER, Johannes, “Die Problematik der Begehung durch Unterlassung”, en *Der Gerichtsaaal*, Tomo 111, Cuaderno 1/4, Stuttgart 1938, pp. 59 ss.

²⁹⁹ Entre la ingente literatura, por citar sólo algunas obras clave en la doctrina alemana, BRAMMSEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht*, Berlín 1986; SANGENSTEDT, Christof, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Frankfurt am Main et al. 1987; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1993; ALBRECHT, Dietlinde, *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familieähnlichen Beziehungen*, Köln et al. 1998.

³⁰⁰ Sobre la cláusula de correspondencia existen interesantes posiciones en nuestro país con las que –como se verá más adelante en el texto– no concuerdo pero las respeto, por ejemplo, HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte General I*, 3ª ed., Lima 2005, § 17/1931, para quien la exigencia de equiparación resulta conveniente por razones de política criminal; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Lima 2008, p. 449, destacando que la cláusula de correspondencia del Código penal no necesariamente condiciona una comprensión naturalista de la comisión por omisión; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, cit., p. 673, considerando que la equivalencia es jurídica o valorativa y se presenta como un límite a la equivalencia material; MEINI MÉNDEZ, Iván, “La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima 2003, pp. 423 s., negando una cláusula de correspondencia para la “comisión por omisión”, pero sí aceptándola para la “no evitación del resultado”.

del Código penal). Con esto la omisión impropia sólo podrá ser punible si encuentra un correlato con un hacer positivo.

Encontrándose así las cosas, recientemente el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código penal de 2009 trae como novedad la eliminación del último párrafo del art. 13 del Código penal referente a la atenuación de la omisión, lo que significa que si se cristaliza esta reforma en una nueva Parte General, a partir de su vigencia la omisión será tratada por igual que la acción desde la óptica de la pena, toda vez que en un plano normativo acción y omisión expresan una unidad de sentido que excluye la posibilidad de un tratamiento punitivo diferenciado. Como respuesta a los casos planteados al principio entonces según el Anteproyecto los padres que matan a su hijo recién nacido deberán concurrir en igualdad de condiciones ante la pena conminada del parricidio, lo mismo que los policías en relación a la pena prevista para la extorsión.

Ahora bien, de modo visible la eliminación de la oración “la pena del omiso podrá ser atenuada” del art. 13 traída por el Anteproyecto se encuadra claramente en la tendencia moderna hacia una des-ontologización de la omisión acentuada con fuerza sobre todo en la segunda mitad del S. XX fundamentalmente a partir de las obras de Armin KAUFMANN³⁰¹ y WELZEL³⁰² bajo el entendido de la imposibilidad de encontrar una causalidad en la omisión y que sólo en la pura ontología la acción y la omisión se comportaban de modo diferenciado como A y Non-A. Acorde con este pensamiento se diría pues qué sentido tiene seguir hurgando en la ontología detrás del concepto de omisión cuando su contenido está colmado de un deber jurídico de tal forma que hablar de la omisión es hablar tan solo de “una forma típica de prohibir acciones”³⁰³. Cabe saludar entonces la aportación del Anteproyecto en este punto.

Sin embargo, ha quedado pendiente como tarea del futuro la supresión de la cláusula de correspondencia que todavía se mantiene en el art. 13, inc. 2 del Anteproyecto con el mismo tenor del Código penal vigente. Si somos conscientes que en un plano normativo no existe diferencia alguna entre acción y omisión no hace falta entonces una cláusula de correspondencia. Para qué nos serviría semejante cláusula si finalmente al equiparar la omisión a la acción se ha de concluir fundamentando necesariamente la responsabilidad

³⁰¹ Cfr. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga 1959, p. 61.

³⁰² Cfr. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., Berlín 1958, p. 174 s.

³⁰³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte General*, Lima 2007, p. 651.

del agente en el deber de garante³⁰⁴. Siendo esto así, quien es garante da lo mismo que quiebre su deber mediante acción u omisión, siempre que en el caso concreto sea portador de un deber jurídico. Así pues, aplicado a uno de los casos antes mencionados: ¿Qué importa si los padres matan a su hijo recién nacido no dándole de comer (omisión), o degollándolo (acción), cuando desde una perspectiva normativa su deber de garante es quebrantado por igual?

5. LA DES-ONTOLOGIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN.

5.1. Del mero no-hacer hacia la cláusula de correspondencia

Está extendida en la doctrina que acción y omisión aluden a dos formas de manifestación del *comportamiento* del autor en la realización típica de un hecho que sirven de base para la imputación jurídico-penal³⁰⁵. Desde un punto de vista científico-natural la omisión no causa nada (*ex nihilo, nihil fit*)³⁰⁶, pues se caracteriza por la ausencia de energía, o de ina-actividad, mientras que en la acción sí es reconocible una aplicación de energía sobre un objeto en el mundo exterior capaz de producir un determinado resultado³⁰⁷. Pero esta distinción, acontecida propiamente en el naturalismo, no tiene el mismo significado en un plano normativo, porque como *conducta* penalmente relevante da lo mismo la manera en que la acción y la omisión se presenten en su fenomenología, siendo determinante sólo la expresión de una unidad de sentido jurídico-penal que comunica el comportamiento en un contexto social concreto³⁰⁸. Así por ejemplo: “el incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regrese a su casa”³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. *NK-StGB-WOHLERS* § 13, n° marg. 19.

³⁰⁵ Sobre la acción y omisión como “formas de la conducta humana”, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona 1986, p. 127s.; asimismo STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª ed., trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires 2005, p. 113.

³⁰⁶ Cfr. BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Tesis Doctoral de la Universidad de Frankfurt, 1957, p. 25: “en un sentido naturalístico la omisión no es causal”.

³⁰⁷ Esta diferenciación naturalista de acción y omisión se vincula al principio *ex nihilo, nihil fit*, de que la nada no puede causar nada, que condicionó a su vez el interés de la bibliografía alemana de la mitad del S. XIX en torno a la discusión sobre causalidad de la omisión obligándola a demostrar que en la omisión también existe una “causa efficiens” en el sentido de una fuerza generadora de un resultado. Sin embargo, tras muchos esfuerzos vanos se impuso el entendimiento de que la causalidad no constituye una cuestión decisiva de la omisión; cfr. al respecto JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín 1996, § 58, I, 2; considera infructuosa la discusión en torno a la causalidad de la omisión v. LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlín/Leipzig, 1919, p. 127; asimismo HARTMANN, Erich, *Das Kausalproblem mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs*, Breslau 1900, p. 77: “en los delitos omisivos el resultado y la causalidad no juegan ningún papel”; con más referencias, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en IDEM, *Ensayos penales*, Madrid 1999, p. 196; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires 2006, p. 122.

³⁰⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, p. 13; asimismo REYES ALVARADO, Yesid, “El concepto de imputación objetiva” en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional* N° 1, Bogotá 2002, pp. 27 ss.

³⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, cit., p. 199.

En lo que la teoría de la imputación registra sobre uno de los antecedentes más lejanos en el tratamiento de la acción y la omisión, se tiene gráficamente que la herida remite directamente a quien la ha causado (acción), mientras que la no-causación de la misma (omisión) es entendida del modo más ontológico posible como un mero no-hacer. Esta es una de las razones de porqué la omisión debía ser sancionada de una forma atenuada, que en el pensamiento de los penalistas italianos de la época de los glosadores hasta FARINACIUS, seguido por KARPZOV y BEYER, era de lo más lógico, aunque sin embargo para el penalista BÖHMER al menos en el homicidio —esto es, en los delitos de sangre— la acción y la omisión debían recibir la misma penalidad³¹⁰. Este modo de ver la omisión como un no-hacer hizo que la misma desempeñara durante siglos un papel periférico en la teoría de la imputación³¹¹.

Sin embargo, la forma tan naturalista de concebir la omisión cambió con el viento liberal de las modernas codificaciones iniciadas a fines del S. XVIII con el entendido que el Derecho penal debía contribuir a asegurar las condiciones del mundo burgués. El giro se dio con la creación de la Parte General del Derecho General Prusiano de 1794 que en un precepto sobre las omisiones estableció “también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste un delito” (§ 8 II 20). La idea central radicaba en reconocer a la omisión un sentido de relevancia penal unido a una ley que expresamente regulara un deber de actuar, por cuyo incumplimiento (por su omisión) el autor debía responder. Junto al precepto indicado de la Parte General se acompañó una casuística en la Parte Especial donde se regulaban explícitamente las omisiones declaradas como punibles, por ejemplo: la omisión de vigilar negligentemente de los servidores del Estado respecto de sus subordinados (§ 344 II 20), las injurias por omisión (§ 583 II 20), la omisión de salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente, etc. Pero la casuística de la Parte Especial expresamente tipificada no respondió en realidad a un pensamiento sistemático, sino relucía por su desorden. Entre otras omisiones tipificadas destacó especialmente una tomada posteriormente como ejemplo paradigmático por la dogmática contemporánea del delito de omisión impropia: “Si una parturienta dolosamente deja desangrar a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo” (§ 967 II 20)³¹².

³¹⁰ Con mayores referencias sobre la cuestión histórica, v. LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 128.

³¹¹ Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá 1996, p. 8.

³¹² Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 10 s.

No cabe duda que en este escenario uno de los máximos logros alcanzados por la codificación liberal en el ámbito del Derecho penal fue el confinamiento de una forma de concebir la omisión como un mero no-hacer, siendo necesario para ello, según dicho codificador, reconocer expresamente en el Código penal la obligación de actuar de los autores a fin de evitar un resultado lesivo para los derechos de los demás. No obstante ello —reiteramos: a pesar de significar un paso importante para abandonar el naturalismo impregnado en el concepto de omisión—, dicha reforma penal no pudo evitar de todos modos la insalvable dificultad de su huérfana sistemática, porque el tratamiento de la omisión venía a depender al fin y al cabo de la casuística de la Parte Especial. Un problema central que la omisión tipificada no pudo evitar fue la distinción de lo que hoy conocemos precisamente como omisión propia y comisión por omisión (denominada también omisión impropia). Si, por ejemplo, los deberes tanto de socorrer a quien está en peligro, como el deber de la madre respecto de su propio hijo recién nacido de amamantarlo para que no muera, estaban igualmente tipificados, no se disponía de un criterio sistemático delimitador de los ámbitos y grados de responsabilidad de ambas omisiones. Que la omisión de la madre resultara más reprobable que la de quien omite el socorro, era una cuestión que resultaba únicamente de la diferenciación cuantitativa de la pena que el legislador había explicitado para uno u otro caso en la Parte Especial.

Para superar estas dificultades de tratamiento de la omisión en el Código penal, a comienzos del S. XIX se concibió la idea que en el Código penal regía por igual para todos una “obligación originaria del ciudadano”³¹³ que impone el deber de no infringir la prohibición normativa de manera activa. Pero más allá del deber de no revelarse contra el Derecho de manera activa, si cabía hablar de un deber de evitar daños, o de vulnerar el Derecho de manera omisiva, esto no podía fundamentarse en la “obligación originaria”, sino en un “fundamento jurídico especial” como pueden ser la ley y el contrato³¹⁴. De este modo se llegaba a la conclusión siguiente: el delito de omisión de socorro claramente podía ser cometido sólo de manera omisiva porque la ley expresamente así tipificaba (esto es lo que hoy conocemos como “delitos omisión propia”). Pero, por ejemplo, la enfermera que dejaba morir a su paciente al no darle la medicina, respondía penalmente como autora del delito de homicidio por quebrantar un contrato, aunque más que ello —y de allí precisamente “fundamento jurídico especial”—, por lesionar su deber de garante.

³¹³ El pensador que dio origen a esta nueva comprensión de la omisión fue FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11ª ed., 1832, § 32. Véase al respecto, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 14 ss.; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá 2001, pp. 20 ss.

³¹⁴ Cfr. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, cit., p. 22.

Con esto irrumpe con fuerza el concepto del *deber de garante*³¹⁵ como elemento central de los delitos de omisión impropia. La consecuencia directa está en que no hace falta tipificar todas las omisiones de manera casuística en la Parte Especial del Código penal, salvo la exclusiva tipificación de los delitos de omisión propia. Y para diferenciar acción y omisión se entendió que los tipos penales estaban configurados por lo general de manera comisiva, pudiendo llegarse a construir dentro de la propia tipicidad comisiva una omisión. Este es el caso precisamente de los denominados delitos de *omisión impropia* que no requieren de una regulación concreta en los tipos de la Parte Especial en razón que su tipicidad resulta de toda conducta lesionadora de un Derecho amparado en un “fundamento jurídico especial” (deber de garante).

Esta construcción se asomaba como una omisión equivalente a la acción llevada a cabo por el portador de un deber de garante que posteriormente en la mitad del S. XX dio lugar a la formulación de una “cláusula de correspondencia”³¹⁶ con base en la cual la omisión venía a equipararse a la acción en la medida que el tipo penal esté configurado mediante un deber de evitar un resultado realizable de modo comisivo. Como hemos dicho, esta cláusula de correspondencia está regulada en el Código penal vigente —lo mismo que en el Anteproyecto— en el 2do. párrafo del art. 13 con el siguiente tenor: “El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: (...) 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”.

5.2. La innecesidad de una cláusula de correspondencia

En el contexto de una comprensión ontologicista de las categorías dogmáticas, la imputación de responsabilidad en los delitos de resultado se basa en la causación de un resultado y hablar de causación de un resultado presupone el ejercicio de una fuerza o de la plasmación de una energía conducente a la lesión de un bien jurídico. Cuando la reflexión es hecha de este modo, es inevitable admitir que la determinación de la relevancia penal de una conducta lleva implícita la comprobación de la “causación”, o de un “hacer positivo” (por emplear una terminología con menos carga ontologicista, aunque

³¹⁵ Véase por todos BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Madrid 1997, pp. 395 ss.

³¹⁶ La “cláusula de correspondencia”, aunque al principio como “cláusula de equivalencia”, fue propuesta por primera vez en el Derecho penal alemán por GALLAS en el marco de la segunda sesión de discusión parlamentaria del Proyecto de Reforma de la Parte General del Código penal de 1959 bajo el entendido que la lesión de un deber de garante es equiparable sólo a una realización activa. Su propuesta de redacción fue la siguiente: “§ 14. Comisión por omisión. (1) Quien omite evitar un resultado típico sólo será penado como autor o participe cuando tenga el deber jurídico de responder porque el resultado no se produzca, y su conducta bajo la consideración de las especiales circunstancias y de los elementos de la acción equivalga típicamente a la comisión mediante un hacer. [...]”. (traducción libre). Sobre estas cuestiones, al detalle NITZE, Paul, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Berlín 1999, pp. 23 ss., p. 190.

en el fondo se trate de lo mismo). Lo cierto es que a pesar de estar superada la problemática de la causalidad de la omisión, esta forma ontologicista de tratar la responsabilidad todavía se mantiene en la estructura de la omisión impropia mediante la cláusula de correspondencia. Para el pensamiento ontologicista sólo así puede imputarse una responsabilidad por un delito contra quien siendo garante omitió evitar un “hacer positivo”. Es decir, la madre que deja a sus tres hijos encerrados en su vivienda sin calefacción ocasionando de ese modo la muerte del último de ellos de apenas diez meses de edad³¹⁷ debe responder por dicha muerte porque su omisión es equiparable a una causación o hacer positivo (encender la calefacción) que de haberlo practicado le hubiese ahorrado la responsabilidad penal. La lesión del deber de garante depende así de la creencia que sólo se quebranta la protección segura de los bienes jurídicos mediante un hacer positivo: la persona es garante de que el resultado naturalístico no se produzca.

En el estado actual de la discusión la cláusula de correspondencia ha obtenido un escaso significado práctico³¹⁸. Esto ocurre porque la invocación de dicha cláusula se convierte en infructuosa cuando teniéndose al deber de garante preconfigurado da lo mismo si es infringido por omisión o mediante un hacer positivo. La cláusula de correspondencia entonces no es más que una “mera retórica”³¹⁹ al igual que la terminología de una “comisión por omisión”³²⁰. El castigo de un delito llevado a cabo mediante una omisión puede acaecer perfectamente aun en el supuesto de no existir la cláusula de correspondencia del art. 13 siempre que el “impedir la realización del hecho punible” forme parte del mundo de los deberes jurídicos que el agente debía cumplir en un contexto social concreto. La cláusula de correspondencia sobra, no responde a una sistemática que explique claramente cuál es el significado de un comportamiento en su relevancia penal³²¹. En una perspectiva normativa de la teoría de la imputación jurídico-penal no solamente el concepto de acción, sino todos los conceptos dogmáticos, son interpretados a partir de un *modelo de deber* jurídico-penal y no basados en la manifestación externa de la acción ni en la transformación que ocasiona en el mundo de la naturaleza. Los

³¹⁷ Caso de la jurisprudencia alemana, cfr. BGHSt. 21 (sentencia de 24.02.1966), pp. 44 ss.

³¹⁸ Es el diagnóstico de ROXIN, Claus, “Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen”, en *FS Lüderssen*, Baden-Baden 2002, p. 578, acotando que hasta la fecha sólo existe una sentencia del Tribunal Federal Supremo que se refiere expresamente a la cláusula de correspondencia. Esta es la sentencia del 20.07.1995 (NJW 1995, pp. 3194 s.) que condenó a una madre como autora del delito de homicidio culposo por omisión por no haber llevado pronto al médico a su hijo de cinco años después de haber quedado gravemente herido a causa de unos golpes brutales en los intestinos propinados por su padrastro.

³¹⁹ BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Bielefeld 1977, p. 249.

³²⁰ Cfr. NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel*, cit., p. 107.

³²¹ De similar opinión es NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel*, cit., p. 110, resaltando que al procedimiento de equiparación de una omisión con la acción mediante la cláusula de correspondencia le falta una sistemática provista de valoración normativa.

conceptos de acción y de omisión son diferenciables por tanto sólo en su naturalismo, pero en un nivel normativo encierran una *unidad* de expresión de sentido construida desde el Derecho penal³²² como una conducta cuyo significado de relevancia penal depende de su posición jurídica en el contexto social como expresión de un sentido de defraudación de la vigencia de la norma, o de la lesión de un derecho.

La cuestión pendiente por aclarar es cómo quedaría la dogmática de los delitos de omisión si se llegara a suprimir la cláusula de correspondencia o de equivalencia del Código penal. A mi juicio dicha dogmática quedaría en el lugar donde le correspondería estar, con un concepto de omisión perteneciente a un sistema normativo donde se reconoce que todos los conceptos jurídico-penales son adscripciones o imputaciones de significados socialmente relevantes, distantes por completo de meras descripciones de causaciones de resultados. Como hasta nuestros días sobrevive de alguna manera la creencia que los tipos penales de la Parte Especial están contruidos como descripciones de causaciones comisivas, en este esquema de pensamiento se tienen que inventar dogmas como la cláusula de equivalencia o cláusula de correspondencia, creando al mismo tiempo la necesidad de su empleo para conseguir elevar la omisión al mismo nivel de la comisión en el plano normativo. Sin embargo, si el art. 13 del Anteproyecto y del Código penal vigente mantuviera en su tenor solamente el primer párrafo y primer inciso (quedando de este modo: “*el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo*”) se ganaría una claridad y sistemática acorde con lo que realmente interesa detrás de la redacción: la regulación del *deber de garante*. Ahora, si todos estamos de acuerdo en que la única razón de existir del art. 13 es para regular el deber de garante —un objetivo alcanzado con la redacción acabada de anotar—, que por ser un concepto eminentemente normativo puede ser infringido en idéntica forma mediante comisión u omisión, ¿para qué conservar entonces la cláusula de correspondencia?

³²² Cfr. REY SANFIZ, Luis Carlos, “Observación naturalista del Derecho penal”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 6 (2005), p. 409 s., y *passim*; asimismo GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Lima 2007, p. 307.

6. LA IDENTIDAD NORMATIVA DE ACCIÓN Y OMISIÓN.

6.1. La no distinción entre acción y omisión

Lo recientemente afirmado fija el punto de partida en el tratamiento de la conducta que lleva a cabo la teoría de la imputación jurídico-penal: acción y omisión no son más que dos formas de manifestación externa de la conducta que tienen en común el generar un sentido penalmente relevante para la imputación penal³²³. En este contexto, el intento más logrado de explicar la omisión como un concepto normativo se muestra claramente en el ejemplo de los delitos de omisión impropia, donde cada tipo penal de la Parte Especial, no obstante poder estar redactado en el sentido de una acción comisiva, también puede englobar en su estructura al delito omisivo, en la medida que se compruebe en la situación concreta que el hecho está tipificado y que el autor es portador de un deber de garante al cual lesiona con su omisión.

Pero esta forma de ver la conducta penalmente relevante en sus manifestaciones mediante acción y omisión, si bien es correcta de una parte por fijar la relevancia penal de la omisión desde un punto de vista normativo mediante el concepto del deber de garante, se muestra de otra parte limitada cuando se constata que nada impide poder considerar que la *posición de garante es un elemento común de los delitos de comisión y de omisión*³²⁴. Esto significa que si cabe hacer una distinción entre acción y omisión ello sólo es posible al fin de cuentas sólo en el plano fenomenológico, mas no en el ámbito de lo penalmente relevante, o sea, en el mundo del sentido normativo, donde los conceptos de acción y omisión responden a una unidad estructural homogénea: por lo mismo, “la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto sustancial”³²⁵.

Por tanto, lo único a tomar en cuenta es “el sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el Derecho penal”³²⁶, donde dicha relevancia no es otra que la defraudación de determinadas expectativas normativas referidas al ámbito personal de libertad del agente e igualmente comportamientos socialmente inadecuados que lesionan el derecho de los demás. Cómo ha de acaecer la

³²³ Cfr. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, cit., p. 83.

³²⁴ Cfr. al respecto BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 400; PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, cit., pp. 481 ss.

³²⁵ Así, JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal*, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000, p. 20.

³²⁶ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, cit. § 17/1915.

forma de comportamiento defraudador de expectativas normativas es indiferente siempre y cuando en el caso concreto se identifique el deber que su portador estaba obligado a cumplir. En esto radica el fundamento de la imputación jurídico-penal, que la persona responda penalmente por hacer un mal uso de la libertad de organización reconocida por el Derecho. Se funda así válidamente el sinalagma *libertad de comportamiento / responsabilidad por las consecuencias* de la incorrecta administración de esa libertad³²⁷. En este sinalagma se asienta en resumidas cuentas la responsabilidad jurídico-penal: se es responsable penalmente por el significado que comunica la conducta como lesión de un derecho ajeno o como infracción del deber de administrar correctamente un ámbito de organización personal (un deber de garante), con independencia de si el la infracción del deber es llevado a cabo fenomenológicamente mediante un comportamiento comisivo u omisivo.

6.3. Los deberes de garante

Determinar quién sea garante depende de la configuración jurídica, y ello no es precisamente una tarea fácil, pues como ha escrito JAKOBS, la “determinación de la posición de garante es una de las tareas más complicadas de la dogmática de la Parte general”³²⁸. La infracción de los deberes de garante que, como hemos dicho, puede ser llevada a cabo mediante comisión u omisión fundamentando igualmente una imputación jurídico-penal, pueden presentarse del modo siguiente, como a) deberes de aseguramiento, b) deberes de salvamento, y c) deberes por asunción.

En el caso de los *deberes de aseguramiento* el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás³²⁹. Este deber constituye el más general, que alcanza a todas las personas para que cuiden que su conducta no sea un motivo para superar el riesgo permitido con consecuencias lesivas para terceros. Ejemplos: el fumador tiene el deber de apagar su cigarrillo si pasa por una gasolinera; el conductor tiene el deber de evitar que su vehículo, si tiene dañado los frenos, sea utilizado; el empresario constructor es responsable de proporcionar cascos y ropa adecuada a los albañiles cuando estén edificando un edificio; el propietario del perro de una raza agresiva debe mantenerlo asegurado cuando ve que en el jardín de al lado juegan unos niños.

³²⁷ Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., p. 17.

³²⁸ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª edic., Berlin, 1991, 29/26 (*Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995, pp. 950 ss., especialmente 968 ss.).

³²⁹ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 29/30 ss.

Los *deberes de salvamento* se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por eso su deber es de inhibir el peligro creado³³⁰. Así el obligado es garante en otras palabras de retrotraer un curso dañoso a fin que el peligro existente se mantenga dentro del riesgo permitido. Ejemplo: Si el alimento perjudicial para la salud vendido se encuentra almacenado en casa del consumidor o ya fue consumido por éste, el vendedor deberá impedir el consumo del alimento o auxiliar al que ya lo consumió. Dentro de este grupo se encuentra la *injerencia*, como un supuesto particular de los deberes de salvamento. Así, se activa un deber de garante por injerencia para todo aquél que organiza algo peligroso (actuar precedente), debiendo evitar los daños que resulten de dicha actuación. El fundamento es claro: “quien organiza un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento”³³¹. Por ejemplo, quien abre una zanja en una calle pública sin asegurarla tiene el deber de salvar a quien se caiga dentro de ella. Se evidencia que mediante el actuar precedente se usurpa un espacio de libertad ajeno, por ello el salvamento exigido no tiene otro sentido que de revocar dicha usurpación³³².

En la *asunción* el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender³³³. Al “asumir” activa una expectativa normativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que ella pudo haber recibido de otra parte; es en razón de esto que el obligado tiene el deber de cumplir cabalmente su asunción, como compensación a la aminoración de protección en que colocó a la víctima³³⁴. Este es el deber que tienen que cumplir quienes van por la vida haciendo de buenos samaritanos. Piénsese por ejemplo en un estudiante universitario que voluntariamente asume el compromiso de coger por el brazo a una mujer de edad muy avanzada para ayudarle a cruzar una avenida muy transitada; con este compromiso asume un deber de protección que lo obliga a no abandonarla a su suerte en medio del tráfico vehicular para ir detrás una compañera de estudios de la que está profundamente enamorado que lo invita a acompañarla a dar un paseo romántico. Igualmente, la niñera que asume el compromiso de cuidar de un menor de edad con problemas mentales, no puede dejarlo solo e irse so pretexto de que los padres no

³³⁰ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 29/38 ss.

³³¹ JAKOBS, Günther, “La omisión: estado de la cuestión”, trad. Javier Sánchez-Vera, en ROXIN, Claus (et al.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminarario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid 2000, p. 140.

³³² Cf. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., 16.

³³³ Cf. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., § 29/46 ss.

³³⁴ Cf. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 33.

regresaron a casa a la hora acordada, con independencia de accionar civilmente contra ellos si con su tardanza ocasionaron un perjuicio. El quebrantamiento de los deberes de asunción fundamenta directamente una responsabilidad penal para los agentes en ambos casos como compensación al déficit de protección ocasionado por la expectativa de confianza que generaron y defraudaron al no mantenerse firmes en su cumplimiento.

Como se puede apreciar, una vez configurados los deberes de garante, sea como deberes de aseguramiento, de salvamento, o de asunción, pueden ser infringidos mediante una comisión o una omisión, sin que ello traiga consecuencias distintas para la imputación jurídico-penal. Un ejemplo referido a la asunción: todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo estaciona definitivamente, salvo que no haya asumido orientar a un nadador nocturno hacia la orilla de un lago, en cuyo caso le está prohibido apagarlas³³⁵ ¿Dónde comienza y termina la acción y la omisión? Da lo mismo. Lo relevante es comprobar en la situación concreta que la asunción voluntaria fundamenta un deber para el obligado de no desentenderse de la protección que ha comunicado hacia la víctima mediante su “asunción”. Lo mismo ocurre en la injerencia: un comerciante puede apagar por la noche la iluminación de la vitrina de su tienda, a pesar de saber que algunos trasnochadores pueden tropezar en la oscuridad si pasan por delante de su tienda. Hasta aquí su conducta es socialmente adecuada. Sin embargo, si él dejó cavadas unas zanjas de manera peligrosa delante de su tienda, ahora sí le está prohibido apagar la luz. Igualmente, la conducta del portero de no cerrar la puerta con llave (omisión) teniendo a la puerta al ladrón equivale a abrirle la puerta (comisión). Nuevamente nos preguntamos: ¿tiene sentido en estos casos diferenciar acción y omisión? Respuesta: Es irrelevante en un plano normativo hacer semejante distinción. Basta sólo comprobar en el contexto social concreto si el autor lesionó los deberes que dan contenido a su ámbito de competencia personal (a su posición de garante).

7. LA POSICIÓN DE GARANTE Y LOS DEBERES FUNCIONARIALES.

Garante es todo aquel sujeto a quien compete un deber especial que lo separa e individualiza frente al deber común. La especial posición de garante se identifica, pues, no con un deber negativo de no perjudicar los intereses legítimos de los demás ciudadanos, esto es: el clásico “no dañar a nadie” (*neminem laedere*) conocido ya en el Derecho romano, sino con un deber

³³⁵ En lo que concierne a este ejemplo y los siguientes, cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., pp. 19 y 20.

positivo que obliga de manera especial a un sujeto a llevar a cabo una determinada actividad jurídicamente debida, de manera que ese sujeto se halla obligado “a mejorar la situación de un bien jurídico”³³⁶, esto es: con un deber que vincula a un sujeto a una situación jurídica construyendo, como afirma JAKOBS, un mundo (*jurídico*) en común³³⁷.

Por ello, el sujeto que resulta obligado por un deber especial, y que, por ello, ocupa una posición de garante, se ve en la obligación jurídica de no sólo de que su propio ámbito de organización no se expanda de manera lesiva a otros ámbitos ajenos (ello constituiría el ámbito propio de los deberes negativos) sino que tiene que preocuparse de manera activa por mantener de manera incólume una determinada situación, ya sea en un ámbito completo o integral (los padres, por ejemplo, respecto de *todo* lo que concierne a sus hijos menores) o ya sea manera sectorial (el bombero respecto de los incendios devastadores y no intencionados que comprometan derechos a la propiedad, a la vida o a la integridad física; los policías –o en general– los miembros o fuerzas de seguridad del Estado respecto de la seguridad de los ciudadanos, etc.). Por ello, el garante siempre está obligado por un deber positivo especial que se encamina a fomentar, de manera activa, una concreta y determinada organización ajena, que deja, en parte de ser propiamente “ajena”, pues la posición de garantía determina que la organización también le pertenece, en parte, al titular de la posición de garantía. En este sentido, entre el garante y la organización originariamente ajena se conforman comunes lazos de relación y entre ambos (garante y sujeto o sujetos beneficiados) se construye “un mundo en común”: el “espectro abarca –como afirma JAKOBS– desde el deber de protección de los padres hasta los deberes de algunos (no todos) administradores de bienes, pasando por el deber de un médico en un hospital de urgencias y el deber del juez de dictar sentencias jurídicas neutras”³³⁸.

Pues bien, garante es el obligado especial, el titular de un deber positivo, de una específica obligación jurídica de *hacer*. En términos amplios todo sujeto es garante de la juridicidad, en tanto que, como afirma POLAINO-ORTS³³⁹, “todo ciudadano ha de contribuir activamente al mantenimiento de un determinado «caldo de cultivo», social, esto es: de un estatus quo regido por la seguridad y

³³⁶ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 243.

³³⁷ JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2012, p. 85.

³³⁸ JAKOBS, Günther, “Ponencia: Tentativa. Intervención delictiva. Lesión de deberes positivos”, presentada en Huánuco en agosto de 2011, traducción de Miguel Polaino-Orts, p. 13, en prensa; y más recientemente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., pp. 83 ss.

³³⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo. Materiales docentes*, 2ª. ed., Sevilla, 2012, pp. 27 s.

en el que los ciudadanos puedan desarrollar su vida dentro de parámetros de normalidad”. Esa obligación conforma un “una específica obligación de hacer”, que tiene como contenido obligacional el que “toda persona ha de aportar ese «granito de arena», consistente en un mínimo respeto a las normas y a los derechos de los demás”, es decir, “que todos los ciudadanos respeten las «reglas del juego», de manera que tengan la mínima seguridad de que no van a resultar lesionados de manera inminente y masiva”.

Pero presuponiendo, por evidente, esa garantía fundacional del ámbito social, lo usual es que la posición de garante esté reservada a muy concretos y determinados sujetos, especialmente revestidos de una cualidad o condición que le aíslan e identifican y les distinguen del común de los ciudadanos, que son titulares de un deber común, y no de uno especial. En el ámbito funcional o de organización político-administrativo, esta posición de garante la ocupa tanto una persona física (el funcionario público o autoridad) como la misma persona jurídica (el Estado). A esta cuestión de la dualidad de los deberes, de extraordinaria relevancia teórico-práctica, nos ocuparemos a continuación por separado.

8. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA COMÚN A LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN.

El lado objetivo del hecho típico es el lugar donde se determina si el comportamiento (con independencia de cómo es llevado a cabo en su fenomenología como acción u omisión) supera o no el riesgo permitido. Se trata, dicho con otras palabras, de determinar si la conducta es imputable objetivamente o no, porque, “la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía”³⁴⁰. En el análisis del tipo objetivo no se toma en cuenta los aspectos individual-cognitivos de la conducta, porque esta cuestión corresponde en todo caso a un nivel posterior de imputación (al tipo subjetivo). Lo relevante es que en la tipicidad objetiva que, como hemos visto, es idéntica para la acción y la omisión —teniendo al ámbito de competencia (deber de garante) como común denominador—, no se atribuye un sentido penalmente relevante a la subjetividad del autor. Dado que los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*³⁴¹, sino a través de los elementos externos que objetiviza la conducta, se establece un orden de análisis

³⁴⁰ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid 1997, p. 211.

³⁴¹ Cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 223.

imprescindible: primero se comprueba si la conducta reúne un significado social perturbador (imputación objetiva), y, luego de haberse determinado ese significado, se decide si dicha conducta es imputable a su autor a título de dolo o imprudencia (imputación subjetiva)³⁴².

Esta exigencia de delimitar el análisis de lo objetivo y lo subjetivo en dos fases de valoración ordenada y consecutiva responde a una cuestión metodológica y sustantiva. La exigencia es en primer lugar *metodológica* porque de esta manera se dispone de un orden lógico de valoración, de tal modo que la relevancia e irrelevancia penal de un hecho puede ser aprobada o descartada de plano en el ámbito donde la conducta produzca una *alarma social* o altere el *status quo* de lo conocido como riesgo permitido³⁴³. Precisamente el reconocimiento del carácter peligroso o lesivo de una conducta desde una perspectiva penal radica primeramente en su significado social externo (objetiva), y, luego de esta verificación, ya en un nivel posterior, en la atribución de un sentido penalmente relevante a lo subjetivo del hecho. Por ejemplo: de plano se descarta el disparo a un maniquí como una conducta penalmente relevante de homicidio porque objetivamente (en su significado socio-normativo) es imposible considerar como homicidio al disparo sobre dicho objeto. Siendo esto así deviene innecesario valorar en el nivel posterior de análisis, concretamente en el plano subjetivo, si el actor obró con dolo o imprudencia. Esto permite pasar a la segunda exigencia, de corte *sustantiva*, que pone de relieve que el elemento *cognitivo* de la imputación subjetiva está condicionado a la comprobación previa de aquello (lo objetivo) que supera el riesgo socialmente permitido y que luego habrá de ser atribuido a su autor a título de un obrar doloso o imprudente.

Estando claro que la posición de garante es un elemento común a la acción y la omisión, y que entre ambos conceptos sólo cabe una distinción fenomenológica, interesa ahora establecer si la imputación subjetiva es distinta cuando recae sobre la acción y la omisión. En coherencia con todo lo anotado se afirma categóricamente que *la imputación subjetiva es idéntica a la acción y la omisión*³⁴⁴, porque si el juicio de imputación subjetiva empieza a operar después que la conducta fue definida de manera objetiva como penalmente relevante, dando lo mismo cómo fue llevada a cabo en su fenomenología, lo

³⁴² Cfr. CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 7 (2006), pp. 248 ss.

³⁴³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima 2002, p. 197.

³⁴⁴ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *El delito de omisión impropia*, cit., pp. 274 ss., destacando que al igual que en los delitos de acción, el dolo es posible en los delitos de omisión impropia pudiendo asumir sus tres formas, como dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual.

determinante ahora es sólo poder atribuir un sentido a la subjetividad del actor tanto a título de dolo como de imprudencia por la infracción de los deberes de garante pertenecientes a su ámbito de competencia en el contexto social concreto.

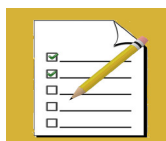
Esto significa, sin más, que la tipicidad subjetiva de los delitos comisivos y omisivos es idéntica³⁴⁵. En ambos casos el dolo siempre requerirá por igual el conocimiento de la situación generadora del deber (lo que significa obrar siendo consciente de estar en una posición o deber de garante) con una indiferencia respecto de cómo es producida objetivamente las lesiones al derecho ajeno. En la imprudencia tendrá que constatarse que el autor obró con descuido, sin adoptar las medidas de cuidado, que de haberlo hecho a tiempo, no hubiese desencadenado en un suceso típico. Si cabe apenas una diferencia subjetiva entre la comisión y la omisión –y con esto volvemos a cuanto hemos afirmado ya con anterioridad– será sólo en lo fenomenológico: en la acción habrá un movimiento doloso o imprudente, en la omisión no.

Por todo lo dicho, un delito doloso de comisión es punible en idéntica forma que un delito doloso de omisión, así como uno delito culposo de comisión es punible igualmente que un delito culposo de omisión³⁴⁶. Por ello, no es jurídicamente posible castigar de manera atenuada al delito omisivo doloso. Incluso un autor de peso como STRATENWERTH reconoce desde una perspectiva que equipara la omisión a la acción que “el dolo [...] contiene una decisión en contra del interés jurídicamente protegido; la imprudencia, no. Esta decisión, a su vez, en el delito de comisión, no exige nada más que el hecho de que el autor *actúe* dispuesto a asumir el resultado típico como consecuencia de su propia conducta, es decir, emplee la medida de energía que hace falta para intervenir activamente en el suceso. En el delito de omisión, la misma actitud aparece cuando el autor *omite* actuar dispuesto a asumir el resultado como consecuencia de su propia conducta, no emplea la medida de energía necesaria para la intervención activa. En eso se halla el equivalente al dolo en el comportamiento activo”³⁴⁷.

345 Destaca de modo especial esta cuestión, JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, trad. Manuel Cancio Meliá, en IDEM, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá 2004, p. 77.

346 Cfr. NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel*, cit., p. 189.

347 STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., p. 482 s; en el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, cit., p. 658 s., 676 s.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 412.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Es relevante distinguir, a efectos de realizar una imputación, entre acción y omisión?

2. ¿Cuál es el fundamento de los deberes de injerencia?

3. ¿Cuál es la relevancia jurídico-penal de los deberes de garante?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) GARCÍA CAVERO, Percy, "La posición de garante del empresario: a propósito del caso Utopía", en Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Civitas, Madrid 2005, pp. 381-400.

- 2) JAKOBS, Günther, La Imputación Penal de la Acción y Omisión, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000.

(Disponible en el anexo de lecturas).