

# **IMPUTACION OBJETIVA. ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINALES**

**DENIS ADAN AGUILAR CABRERA<sup>1</sup>.**

## **SUMARIO:**

### **INTRODUCCIÓN**

### **CAPÍTULO I: ACCIÓN E IMPUTACIÓN**

#### **A. ACCIÓN**

- 1. La teoría causal de la acción**
  - 1.1. Concepción Jurídica Penal de Acción Según FRANZ VON LISZT**
- 2. La teoría finalista de la acción**
  - 2.1. Consecuencias del Finalismo en la Teoría del Delito**
- 3. Teoría de la acción social**
- 4. Teoría Cognitiva de la Acción.**
- 5. Teoría funcional del delito**
- 6. El concepto negativo de acción**
- 7. El principio de analogía con la acción como base de un sistema lógico-funcional.**
- 8. Toma de postura**

**Excurso: La responsabilidad penal de las personas jurídicas**

#### **B. IMPUTACIÓN**

- 1. La perspectiva del Ordenamiento Jurídico.**
- 2. La Perspectiva del Autor.**
- 3. Formas de imputación**
- 4. La Imputación Objetiva**
- 5. La Imputación Subjetiva**
- 6. La Imputación Individual o Imputación Personal**

### **CAPITULO II: IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO Y BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO**

#### **1. Riesgo permitido**

##### **1.1 Particularidades del riesgo permitido**

- 1.1.1. La concreción del riesgo permitido**
- 1.1.2. Las compensaciones**
- 1.1.3. Los riesgos ubicuos**
- 1.1.4. Los riesgos concretos incrementados permitidos**
- 1.1.5. El riesgo "residual"**
- 1.1.6. El rol y estándar objetivo del riesgo permitido**
- 1.1.7. El saber especial superior del autor: la integración de los conocimientos especiales del rol**

#### **2. Prohibición de regreso**

##### **2.1 Introducción**

##### **2.2 Aspectos conceptuales de la Teoría de la Prohibición de Regreso**

##### **2.3 Roles**

##### **2.4 Ámbito de la prohibición de regreso**

##### **2.5 Jurisprudencia**

##### **2.6 Casos prácticos sobre prohibición de regreso**

##### **2.7 Fundamentos Delimitadores de la Participación e Imputación Objetiva.**

###### **2.7.1 Conducta Neutral.**

---

<sup>1</sup> Es ABOGADO por la Universidad San Pedro de Chimbote (Perú), investigador de las ciencias jurídicas en especial en temas penales, Consultor Asesor en Tesis de Pre y Post grado, Email: denisac\_abogado@hotmail.com.

- 2.8 La Concepción Dualista de la Prohibición de Regreso: las conductas neutrales y el rol social.
- 3. La conducta de la víctima
  - 3.1 Autoprotección de la víctima
  - 3.2. Consentimiento
  - 3.3 Tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima
  - 3.4. Concurrencia de culpas o de conductas y causalidad
  - 3.5. Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida
  - 3.6. La regulación jurídico-penal de la intervención en un suicidio ajeno como normativa especial
  - 3.7. Imputación a la víctima e imputación objetiva – Rasgos esenciales
    - 3.7.1 Definición
    - 3.7.2 Imputación no accesoria
    - 3.7.3 Imputación objetiva
    - 3.7.4 Organización conjunta
      - a. Extralimitación de la organización conjunta
      - b. Deberes de cuidado en la organización conjunta
  - 3.8. Contexto sistemático
  - 3.9. Casos particulares que se pueden presentar.
    - a. Actuación conjunta dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima
    - b. Cumplimiento del rol y posición de la víctima
    - c. Superación del contexto común por parte del autor
  - 3.10. Caso de la persona infectada con el virus del sida
  - 3.11. Caso del propietario que realiza una fiesta cuando se encuentra remodelando su casa
  - 3.12. Caso de las personas que viajan a Irak
  - 3.13. La posición de la jurisprudencia
- 4. Principio de confianza
  - 4.1 Introducción
  - 4.2 Definición y alcances
  - 4.3 Jurisprudencia
  - 4.3 Límites al principio de confianza
  - 4.5 Ámbitos de aplicación
    - 4.5.1. En actividades de Tránsito automotor
    - 4.5.2. División del Trabajo
- 5. Imputación objetiva del resultado
  - 5.1. Nexos causales desviados
  - 5.2. Interrupción del nexo causal
  - 5.3. Resultados producidos a largo plazo
  - 5.4. Fin de protección de la norma penal
  - 5.5. Conocimiento de la Norma como condición de la Sociedad.
  - 5.6. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto
  - 5.7. Cumplimiento de deberes de función o de profesión

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

## **INTRODUCCIÓN**

El desarrollo de la teoría de la imputación objetiva ha sido vertiginoso en las dos últimas décadas. Como bien han señalado algunos (ARMIN KAUFMANN, SILVA SÁNCHEZ, entre otros), la discusión que esta teoría ha suscitado vino a sustituir la polémica en torno a los grandes sistemas dogmáticos y, en particular, a la desarrollada sobre la acción en los años 50 y 60 del siglo pasado.

Los antecedentes de esta concepción se remontan a las viejas teorías de la imputación de los siglos XVIII y XIX, en particular en las de Puffendorf y los penalistas hegelianos.

Precisamente sobre la base de las elaboraciones doctrinales de estos últimos, es que LARENZ planteó su teoría de la imputación en 1927, que sirvió, a su vez, de punto de partida a Honig, con su criterio de *perseguidibilidad objetiva del fin*, según se verá más adelante. Incluso, los antecedentes de la concepción habría que ubicarlos en otras concepciones como en la adecuación social de Welzel e, incluso, en los planteamientos de los partidarios de la doctrina social de la acción, principalmente ENGISCH, MAIHOFFER y JESCHECK.

Pero es recién a partir de la década de 1970, con el conocido artículo de ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación*, publicado en el Libro Homenaje a HONIG, que se inicia lo que puede denominarse la versión moderna de esta teoría, no obstante existen diferencias notorias entre algunas propuestas. Así las cosas, no resulta exagerado afirmar que la normativización del tipo objetivo se ha impuesto ampliamente en la doctrina y en la jurisprudencia de los diferentes países de nuestro ámbito cultural, pese a las objeciones provenientes fundamentalmente de los partidarios del finalismo (KAUFMANN, STRUENSEE, HIRSCH).

Simplificando la cuestión, puede decirse que es objetivamente imputable un comportamiento que ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico y se ha realizado, además, en el resultado típico. Entonces, de lo que se trata es de establecer una *línea de conexión*<sup>2</sup> entre acción y resultado, previo al examen de la concurrencia de circunstancias subjetivas como el dolo o la imprudencia<sup>3</sup>, así como de las causas de justificación y exculpación. En esta medida se trata de una concepción *objetiva*, al menos como es concebida por la versión dominante de esta teoría.

Empero, dada la discutible coherencia sistemática de dicha concepción, por su criticada tendencia hacia el casuismo y la tópica en la resolución de los grupos de casos, se ha preferido optar por un modelo teóricamente más coherente y consecuente. Esa es la razón por la que optamos por estructurar los temas partiendo de una distinción entre, por un lado, la imputación del comportamiento, con sus diferentes institutos dogmáticos como el riesgo permitido o la prohibición de regreso, y la imputación del resultado, por el otro. De esta manera, se trata de exponer una teoría del lado objetivo del hecho.

---

<sup>2</sup> ANARTE BORRALLA, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2002, pp. 1 y ss., habla de un *nexo de comunicación* que debe ser constatado entre el sujeto (y su acción) y la afección del bien jurídico tutelado. Este autor sitúa la cuestión dentro de una concepción sistemática de la teoría del delito, es decir, que diferencia entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

<sup>3</sup> No obstante, es el delito imprudente, en el que se requiere de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como criterio de delimitación de la infracción del deber de cuidado, el ámbito por excelencia de este proceso de normativización del tipo objetivo. Cfr. solamente CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 12 y ss., con más referencias.

Precisamente, uno de los aspectos destacables de esta evolución reside en la renovación metodológica que se propone, en cuanto a la introducción de una dimensión social de sentido en el análisis del tipo. Cualquier valoración de una conducta ha de efectuarse en el contexto de sentido de la conducta, no aisladamente considerada en tanto suceso meramente causal o psicofísico.

En este contexto, esta concepción supone un avance en relación con las concepciones causalistas y finalistas que la precedieron, que incidían sobre todo en elementos naturalísticos en el análisis del tipo. Queda en el trasfondo de esta concepción una comprensión metodológica distinta del Derecho penal; este no debe ser confundido más con las ciencias naturales, puesto que se trata de una disciplina con una peculiaridad de sentido derivada de su carácter de ciencia cultural o, si no se desea asumir esa construcción neokantiana, con un objeto con sentido muy diferente a las demás ciencias. Siendo esto así, es necesario elaborar categorías y conceptos adecuados a dicha peculiaridad de sentido.

Finalmente, debe señalarse que en este trabajo se abordan los distintos aspectos que presenta esta perspectiva teórica, su evolución histórica, sus antecedentes, así como un muy breve examen de las distintas "versiones" existentes en la actualidad. Se incide, posteriormente, en el estudio de los distintos institutos dogmáticos que forman parte de ella y los grupos de casos problemáticos que se han suscitado. En algunos temas, la exposición ha sido complementada con el análisis y cita de algunas resoluciones judiciales así como con ilustrativos casos prácticos.

## **IMPUTACIÓN OBJETIVA: MODERNAS TENDENCIAS**

### **CAPÍTULO I**

#### **ACCIÓN E IMPUTACIÓN**

##### **A. ACCIÓN**

###### **1. LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN**

El concepto causal de acción constituye la postura tradicional que se convirtió en dominante a principios del siglo pasado, y que todavía, en la actualidad, influye en un sector de la doctrina. Este concepto tiene como base el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y orientar el Sistema del Derecho Penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables.

En el curso de su evolución se pueden distinguir dos momentos filosóficos: el primero, apoyado sobre la base filosófica del positivismo causal-mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y las de Newton, en donde todo

era causa y efecto, entendiéndose también la conducta como una sucesión de causas y efectos, conceptos sostenidos por FRANZ VON LISZT, RADBRUCH Y ERNST VON BELING, esta concepción se denomina estructura clásica del delito. Con posterioridad se le adicionó una tesis neokantiana normativista: ella se corresponde con el sistema de Mezger<sup>4</sup>.

La acción —para VON LISZT— era la causación voluntaria o no impeditiva de un cambio en el mundo exterior. El resultado externo, perceptible por los sentidos se estimaba separado de la manifestación de voluntad, pero causado por ella: uno y otro debían hallarse unidos por un vínculo causal. El contenido de la voluntad (qué ha querido el sujeto, por qué y para qué lo ha querido) era irrelevante para la acción; se le consideraba perteneciente a la culpabilidad. La acción (el hacer activo) era, para VON LISZT, de naturaleza prejurídica<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> QUIROS PIRES, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 87. quien precisa, La teoría causalista de la acción dominó, sin oposiciones, el campo del pensamiento jurídico-penal hasta las primeras décadas del siglo XX, cuando comenzaron a dirigírsele serios reparos que fueron ganando terreno. También, BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., al indicar; La concepción de la acción tuvo sus raíces constructivas en la antigua filosofía griega, apareciendo con mayor énfasis en la obra de von Pufendorf en el siglo XVIII, aunque, quien introduce este elemento al Derecho penal fue von Böhmer. La concepción moderna de la acción se origina con Hegel, en el siglo XIX, que incluye a la imprudencia dentro del concepto de acción, sin lograr alcanzar la diferenciación con el concepto de imputación.....La acción para Hegel es la exteriorización de la voluntad moral. Se trata de un concepto valorizado que comprende prácticamente toda la imputabilidad penal; solo si hay acción también hay imputación, y si hay imputación hay acción, como puede comprenderse, este concepto plantea dificultades para su aplicación a la culpa, pues en esta no hay voluntad ajena; el resultado no es querido en casos de culpa. Pero no solo se presenta este inconveniente además, las conductas de los inimputables no se pueden considerar acciones, pues no cabe distinguir entre acción culpable y acción no culpable; todas las acciones son culpables.... En los primeros tratados de Derecho penal entre los que destaca el clásico von Feuerbach, a quien se debe precisamente el primer Código Penal liberal, esto es, el Código bávaro de 1813, la acción no era considerada objeto de especial análisis, quizás porque se consideraba algo tan obvio que no merecía la pena detenerse en su estudio. La teoría del delito no conocía sino la rudimentaria distinción entre imputación objetiva y subjetiva, dominante hasta mediados del siglo XIX. Había que esperar al siglo XX para hallar en la dogmática (llamada clásica), y gracias a las construcciones de Binding, Beling, Von Liszt y Radbruch, la concepción tripartita del delito, como acción típica, antijurídica y culpable., ob., p. 08-11

<sup>5</sup> Ibidem, QUIROS PIRES, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 89 - 90. DONNA Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena 2. Imputación Delictiva*. Astrea Editorial, Buenos Aires. 1995., p. 30. En sentido contrario; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos improprios de omisión.*, indica; Los fracasos de la teoría causal de la acción fueron fundamentalmente dos: el concepto unitario de acción no podía dar respuesta ni a la omisión ni a los delitos de mera actividad porque era un concepto excesivamente amplio... Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA apuntaba, que la acción esperada, pensada, no es la acción exigida; o mejor dicho, en el plano del acto no deben confundirse...la acción esperada, siempre que pueda ser exigibles, y no ejecutada, es lo que constituye la omisión que la ley pena...He aquí -continúa el autor- el motivo de que insistimos en hallar la base de las omisiones en la mera acción esperada que por no realizarse siendo exigida (antijurídica) el juez castigará como punible, una vez comprobada la culpabilidad". Lo que se trata es de determinar cuál es la naturaleza jurídica de ese "algo", que es precisamente una acción determinada... Otro intento de solución de los causalistas fue intentar convencer que la "voluntaria contención de los nervios motores", algo natural en el concepto de omisión, también se presenta para la acción causal (BELING). Este concepto de omisión se comprende en toda su

Los inconvenientes, sin embargo, se suscitaban en el campo de la omisión, donde se separaron los criterios de BELING y de VON LISZT. BELING, con el empeño de no apartarse de la dirección causal mecanicista, aseguró que mientras en la acción existía una excitación dirigida a mover el sistema nervioso, en la omisión existía una excitación orientada a frenar los nervios motores. No obstante, un tal esfuerzo dirigido a frenar los nervios motores no resulta posible afirmarlo en todas las omisiones. VON LISZT siguió otro camino.

Si bien la acción —argumentaba— podía ser entendida como movimiento corporal, al trasladarse esta idea a la omisión, se hallaban obstáculos insuperables, porque ella no consistía en una forma de actuación corporal, sino en el hecho de que el ordenamiento jurídico esperaba una determinada acción dirigida a impedir el resultado, con lo cual se decidía, en la omisión, en favor de una concepción normativa y fracasaba la búsqueda del deseado concepto general de la acción. RADBRUCH sostuvo la tesis de la absoluta escisión del sistema penal en dos partes: acción y omisión constituían dos términos irreducibles a una categoría superior que los unificara; por el contrario, se hallaban una al lado de la otra, sin nexos entre sí<sup>6</sup>.

---

dimensión al ponerlo en relación con el concepto de acción sostenido por el propio BELING, es decir, que acción es un movimiento corporal voluntario. La voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso, constituye el elemento esencial. Ello permite agrupar acciones y omisiones, ya en el marco de la teoría de la acción, en una noción global de comportamiento humano voluntario., *passim*. Del mismo modo, BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., precisa, Este concepto de acción se denomina “causal” por que la voluntad únicamente es concebida en su función determinante del resultado, pero no como fuerza directora del curso del acontecimiento. Los dos principales autores que elaboraron esta teoría fueron FRANZ VON LISZT y ERNST BELING, donde cada uno conceptualizó la acción de igual semejanza en su contenido; pero a la vez RADBRUCH en sus monografías desarrolla ampliamente este concepto, siendo luego crítico sobre las explicaciones del causalismo naturalista.... FRANZ VON LISZT pone como fundamentación sistemática la distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo: en el primero encontramos la acción, al tipo y a la antijuricidad; y en el segundo, a la culpabilidad.... VON LISZT sostiene que la acción es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo., p. 13. Empero, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*. En, Obras Completas, Tomo I de la Parte General. ARA editores. Lima. 2005., considerando; la acción humana, como ataque de un bien jurídico, constituía la piedra básica sobre la que se edificaba el delito y por ello mismo debía tener la suficiente amplitud, objetividad y neutralidad, a fin de abarcar todos los posibles ataques humanos a un bien jurídico., *cit.*, p. 396. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, *Teoría Jurídica del Delito*. Volumen I. BOSCH. 1ª ed., España. 2000.; quien señala, que la valoración que lleva a cabo la doctrina neoclásica en el seno del concepto de acción puede calificarse como una valoración provisional, por cuanto denota una valoración incipiente, tenue, que no prejuzga las características de la antijuricidad del acto ni la culpabilidad del autor, y que solo requiere la constatación de la presencia de voluntariedad en la conducta, pero sin entrar a valorar, en verdad el contenido de esa voluntad., *cit.*, p. 225.

<sup>6</sup> QUIROS PIRES, Rene. Manual del Derecho Penal I., Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 91. No obstante, para KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Indret. Barcelona. 2008., considera; El modelo causalista tenía la ventaja de distinguir claramente entre el suceso antijurídico, por una parte, y los presupuestos que fundamentaban la responsabilidad de una persona por el suceso valorado como injusto, por otra... Este modelo pone de manifiesto, además, que el concepto de culpabilidad es uno relacional, que de este modo se encuentra referido a la

A subsanar las fallas que afectaban la elaboración de una noción naturalista de la acción, se dirigió la tesis causalista patrocinada por los neokantianos, en particular por Mezger, quien apeló al expediente de la referencia al valor: el hacer y el no hacer —para Mezger— poseían características comunes, ante todo la de ser, tanto la acción como la omisión, conductas humanas, pero valorizadas de determinada manera. No se trata, por consiguiente, de simple Posición (P) y Negación (N), sino de Posición (Pe) y Negación (Ne), con determinadas propiedades, de suerte que es posible la existencia de un concepto superior (Oe), que es precisamente la acción en sentido amplio.

El delito, en todo caso, era conducta humana de hacer u omitir, pero una y otra debían estar referidas a una norma, ya sea prohibitiva o preceptiva, la cual valoraba esa conducta. No obstante; tampoco pudo MEZGER conseguir un real concepto de acción. De una parte aseguraba que a la acción en sentido amplio le era inherente el querer interno del agente; y de otra, afirmaba que a la esencia de la omisión no pertenecía querer alguno y sólo la posibilidad de un querer. Con ello se hace imposible comprender la omisión en ese superconcepto, por cuanto se afirma que en aquélla puede faltar uno de los elementos esenciales del superconcepto<sup>7</sup>.

En opinión de ROXIN, "se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa e interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuricidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (denominado concepto

---

realización evitable de un injusto. Este hallazgo se pierde de vista, sin embargo, con la definición tradicional de delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Pues esta definición sugiere que tipicidad, antijuricidad y culpabilidad serían propiedades aisladas, las cuales como mucho tendrían que concurrir conjuntamente para constituir un hecho punible. Mas la culpabilidad no es una propiedad que se agregue al injusto de modo puramente aditivo, así como una manzana puede ser roja e independientemente de ello además jugosa, sino que ella tiene como objeto, precisamente, al injusto. Y de la misma manera, la antijuricidad no es una propiedad contingente respecto de la tipicidad, sino un predicado que presupone ya la tipicidad de un comportamiento... Con otras palabras: la ubicación del dolo y de la imprudencia en la culpabilidad hace explícita la función adscriptiva —atributiva de responsabilidad— de estos elementos del hecho punible... El modelo causalista (en la forma aquí resumida) se revela como inidóneo, no obstante, cuando el injusto penal pasa a ser considerado desde la perspectiva del desempeño de la tarea de protección de bienes jurídicos mediante el seguimiento de normas. Entonces ya no puede seguir siendo una cuestión propia de la culpabilidad la determinación de si el menoscabo de un bien jurídico era o no evitable. Antes bien, ya el juicio de antijuricidad, el cual antecede a la imputación de culpabilidad, no podrá más que referirse a aquellas formas de comportamiento que pueden y deben ser evitadas (tratándose de prohibiciones) o ejecutadas (tratándose de mandatos) para evitar el menoscabo de un bien jurídico. Los menoscabos de bienes jurídicos que, por el contrario, no son evitables a través del seguimiento de una norma, no pueden tener ya relevancia jurídico-penal. Dejando de lado la pregunta acerca de cómo han de ser determinados los criterios de la evitabilidad en detalle, resulta en todo caso claro que se trata de criterios de imputación: lo que viene en consideración es la capacidad de alcanzar un objetivo, la evitación de una afectación de un bien jurídico tipificada, por una determinada razón, lo jurídicamente debido., cit., p. 32-35.

<sup>7</sup> QUIROS PIREZ, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 91-92.

psicológico de la culpabilidad). Por consiguiente, el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de culpabilidad".<sup>8</sup>

Según ZAFFARONI "para el concepto positivista de la teoría causal de la acción esta es una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario - no reflejo- pero en el que carece de importancia o se prescinde del final a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto habría una acción homicida si un sujeto dispara sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la conducta, dicho en otros términos: acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado. Según este mismo concepto, la omisión era un "no hacer" caracterizado exteriormente por la "distensión muscular" e interiormente por la voluntad de distender los músculos".<sup>9</sup>

Con el transcurso del tiempo los conceptos fueron cambiando, ya no se consideraban las cosas como producto de causa y efecto (positivismo mecanista), sino que se da el segundo momento, en donde la conducta no podía existir por si sola, sino que debía estar integrada a la finalidad perseguida por el autor, ya que de lo contrario quedaba reducida a un simple proceso causal.

En este contexto, se inician los debates sobre las explicaciones del causalismo naturalista, siendo GUSTAV RADBRUCH quien atacó el concepto de acción, señalando que "no existe un concepto superior de acción que pueda comprender a la acción y omisión".<sup>10</sup> Por otro lado, HANS FISHER (1911) señaló la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta y MAX ERNST MAYER estudió los elementos subjetivos de las causas de justificación, lo que evidenció la imposibilidad de una tajante distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, entre lo descriptivo y lo valorativo, señalando que el tipo no era solamente descriptivo, motivo por el cual se desarrolló un sistema causal valorativo, el cual aplicó ideas neo-kantianas de la escuela sudoccidental alemana, surgiendo un modelo causal valorativo que estudia el delito en orientación a valores e ideales, denominándosele "Estructura Neo Clásica", señalando que la conducta

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Delito*, 2ª edición, Editorial Ci vitas, Madrid, 1997, Tomo I, p. 198. En ese sentido, también; POLAINO NAVARRETE, Miguel; JAKOBS Günther. *Las Condiciones de Juridicidad del Sistema Penal, Derecho penal del enemigo y Concepto jurídico – penal de acción en una perspectiva funcionalista*. Libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Grijley. Lima. 2006., al aseverar con precisión que; Esta función como *definición* siendo de este modo, el concepto de acción la base o fundamento objetivo (material) del cual se predicen varias cualidades adicionales o específicas: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad. Esta función de definición sería acorde a la máxima aristotélica confirme a la cual *definitio fit pergenum proximum et differentias específicas*. Conforme a esta tarea, la acción habría de designar el común denominador a que cabe reducir todas las formas de delito o manifestaciones de la conducta punible: tanto los delitos de acción como de omisión, los delitos dolosos como los imprudentes, los delitos consumados y los tentados, etc., cit., p. 88.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, Tomo I, pp. 427,428.

<sup>10</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 104.



era un hacer "voluntario", pero que en esa voluntad no había contenido, pasando a ser el concepto causal de la acción sostenido por el idealismo, encontrando su máximo desarrollo con Mezger.

Al respecto ROXIN señala que "el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente "neo clásico", dominante hacia 1930, pudo ciertamente mantener, en principio, la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y animar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia del injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está sometido a modificación y ulterior desarrollo".<sup>11</sup>

Los partidarios de la concepción causal o natural de la acción la consideran como un puro suceso causal. Señalan que se trataría de un comportamiento corporal, lo cual constituiría la fase externa (objetiva de la acción), producida por el dominio sobre el cuerpo, pero exenta de todo juicio de valor y de toda referencia a los elementos conceptuales del delito, no interesándole en este primer momento si esta realización constituye violación de una norma de Derecho, si concretiza una figura típica o si los elementos subjetivos del agente tienen la categoría necesaria para fundamentar su responsabilidad penal, siendo que la valoración aparecerá recién en el análisis de la antijuricidad y la culpabilidad (subjetiva de la acción).

Consideran la acción como la producción o no evitación de una conducta humana voluntaria de un cambio en el mundo externo, perceptible por los sentidos y producida de modo voluntario por un movimiento corporal o un estado de quietud, ambas controladas por la voluntad del sujeto, designándose a la primera con el nombre de acción y a la segunda con el nombre de omisión. Para esta concepción es suficiente que el comportamiento pueda ser referido a una manifestación de voluntad y no exigen que se determine el contenido de la voluntad.

BRAMONT ARIAS señala que "la tesis naturalista concibe el acto como una manifestación de voluntad que causa una modificación en el mundo exterior. El nacimiento del acto es, simplemente causal: se trata de un fenómeno físico que surge porque alguien le ha dado origen, y se reduce a un movimiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo (hacer), o por el voluntario no impedimento de la modificación del mundo exterior (no hacer)".<sup>12</sup>

Apreciándose, que los actos involuntarios como los movimientos reflejos, fisiológicos y la fuerza física irresistible quedan fuera del ámbito penal y que los elementos de la acción están constituidos por:

---

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 199

<sup>12</sup> BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Editorial Imprenta Vilock, Lima, 1978, p. 314.

- La manifestación de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad.
- La crítica más importante contra el concepto causal de acción es la división insostenible entre acción y voluntad.

Por otro lado, se afirma que es insuficiente aseverar que la acción es un movimiento corporal voluntario, ya que solo se referiría al accionar positivo y no brinda una correcta explicación de los comportamientos omisivos, muchos de los cuales no son producidos por un impulso de voluntad, tal como el caso de las omisiones inconscientes, por ejemplo el guardavía que se duerme y no hace el cambio de agujas, produciéndose un grave accidente.

Al respecto TULLIO RUIZ señala, "desde el punto de vista normativo, es decir, en relación con el ordenamiento jurídico positivo, el concepto naturalista (la conducta puede consistir en *un faceré*, o sea, en un movimiento corporal perceptible por los demás; y en un *non faceré*, que es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo controladas por la voluntad del sujeto) no encuadra preceptivamente, por cuanto una conducta activa, consistente en un movimiento corporal, puede considerarse como una omisión (delito omisivo o de omisión), si se le relaciona con una norma penal, una conducta es activa u omisiva no porque consista en un movimiento o inercia corporal, sino mas bien en virtud de un juicio de relación y de valoración que se verifica en consideración de una norma de derecho penal, por presentarse contraria o conforme a ella la conducta", agrega que "podemos decir que hay acción (delito) cuando mediante un movimiento o quietud corporales se viola una prohibición contenida en una norma penal; y que hay omisión (delito) cuando mediante inercia o movimiento corporal (comportamiento activo o negativo) se incumple un mandato contenido en una norma penal. Es decir, hay omisión cuando se realiza una conducta diversa a la que se esperaba con base en una norma penal (*non faceré quod debetur*)".<sup>13</sup>

Por último, uno de los errores fundamentales de la teoría causal consiste en que desconoce la función constitutiva de la voluntad rectora respecto de la acción, convirtiéndola en un mero proceso causal al cual se ha llegado por un acto de voluntad cualquiera. ZAFFARONI en su libro "Manual de Derecho Penal" señala: "esta afirmación es sumamente grave porque contradice la esencia del derecho: lo típico y antijurídico no serán conductas, sino procesos causales. El derecho no será -para esta concepción- un orden regulador de conductas, sino de procesos causales. Lo que es absurdo: el derecho no regula "hechos", sino solo hechos humanos voluntarios, es decir conductas".<sup>14</sup>

<sup>13</sup> TULLIO RUIZ, Servio, *La Estructura del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pp. 20-21.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, P. G., cit., p. 431. En ese sentido, QUIROS PIREZ, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, enfatiza, La acción humana —según WELZEL— es siempre causal y final. Lo que ocurre es que las ciencias naturales la contemplan en el primer aspecto (como fenómeno sujeto a las leyes causales) y la ciencia jurídico-penal en el segundo (como fenómeno definido por la idea de finalidad), pero ambas toman en consideración la misma "acción humana"... El ordenamiento jurídico-penal puede seleccionar y determinar cuáles acciones humanas, de las manifestadas en la realidad, quiere valorar y vincular a ciertos efectos (jurídicos), pero no puede modificarlas. Esto significa que el Derecho penal no puede modificar ni negar la estructura ontológica de las acciones humanas. En otras

## 1.1. CONCEPCIÓN JURÍDICA PENAL DE ACCIÓN SEGÚN FRANZ VON LISZT.

a. *Manifestación de voluntad*: que a palabras de von Liszt, es el acto de la voluntad objetivada y puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo. Al señalar von Liszt, manifestación de voluntad, esta se define fisiológicamente como enervación y psicológicamente como proceso de conciencia por el que se ponen en acción causas por parte del sujeto.

b. Modificación del mundo exterior, esto es, el resultado: La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto del acto exige pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior. Llamado por von Liszt resultado a este cambio, perceptible por los sentidos.

c. Relación de causalidad: que debe reunir las diferentes partes en un todo. La relación del resultado con la manifestación de voluntad puede existir una relación objetiva (dolo) y subjetiva

El concepto de acción en el casualismo natural, se trata de un concepto unitario, comprendido tanto de la acción en sentido estricto como de la omisión, pero en cualquier caso, que provenga de la voluntad. Según von Liszt la volición que caracteriza la manifestación de voluntad y por consiguiente, el acto, significa simplemente, el impulso de la voluntad. Basta el impulso voluntario, causante de una modificación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos, luego no importa el contenido de la voluntad; ya no interesa a la acción lo que el autor quería, sino la mera causación de unas consecuencias por un acto voluntario, cuyo contenido no tienen importancia

ERNST BELING entiende que acción es un comportamiento corporal (fase externa) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular), (fase interna); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer ello es un movimiento corporal, y a un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos. En palabras de Beling: la acción es una cadena causal, puesta en funcionamiento por una manifestación de voluntad, que es configurado como expresión de un fenómeno de enervación muscular<sup>15</sup>.

La teoría causal de la acción también traía ciertos problemas acerca de la tentativa, por no llevar un contenido dentro de la voluntad de la manifestación de voluntad, es decir que no se podría saber si este impulso tenía una finalidad a un resultado que se deseaba.

---

palabras: la acción y la omisión son conceptos prejurídicos., Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 92.

<sup>15</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009.. p. 16

## 2. LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

En el campo del Derecho, VON WEBER, GRAF ZU DOHNA y HANS WELZEL dan las primeras muestras del finalismo. Weber ya anticipa en la acción un proceso dirigido, lo que permite incorporar el dolo en el tipo penal. Esta teoría fue posteriormente perfeccionada por HANS WELZEL, quien concibe el delito como acción típica, antijurídica y culpable, a la manera como ocurre en el sistema causalista, "no obstante toda la estructura del delito se encuentra comprometida seriamente con la concepción finalista de la conducta. Es así, que el punto fundamental de diferencia y estructuración entre ambos sistemas está dado indiscutiblemente en la teoría de la acción".<sup>16</sup>

WELZEL, entendía la acción humana como "ejercicio de la actividad final".<sup>17</sup> La acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, es

---

<sup>15</sup> TAVARES, Juárez E. X.; *Teoría del Delito. Variaciones Tendencias*, trad. de Nelson R. Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 57. BACIGALUPO Enrique. *Manual del Derecho Penal*. Themis Editorial, Santa Fe de Bogota, 1997, ob. p. 72. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas.. México. 2006. precisa, El objeto de la norma solamente podía constituirlo una acción, un "acto humano"; esta idea hizo factible la aparición de un *concepto personal de lo ilícito*, y, en cierta manera, un retorno a la teoría de los imperativos. En este instante, WELZEL interviene formulando su conceptualización del problema del ilícito y de la ubicación del mismo dentro de su panorámica general. Así mismo, WELZEL aclara que el resultado producido (lesión del bien jurídico) y escindido de la persona de su agente no agota lo ilícito... La acción se convierte en antijurídica únicamente como la obra de un determinado autor: "Qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico"... El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige (según un plan y sobre la base del saber causal) el suceder externo, se convierte en un mero *reflejo* del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello, la doctrina de la acción causal produce una inversión completa de la relación entre la voluntad y la acción. Puede decirse (como hace Jaén Vallejo) que a partir de esta formulación se inició una *situación nueva*, una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, caracterizado por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción... La contienda entre *el finalismo y el causalismo* no se redujo a una discusión sobre el concepto de acción. Además, alcanzó el objeto de la norma y —consecuentemente— el concepto de lo ilícito, pues mientras los causalistas continuaron con la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas propiciaron un regreso a la teoría de los imperativos., ob., p. 49-52. DIETRICH HERZBERG, Rolf. *Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción. Traducción de Sergi Cardenal Montraveta*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos, ISSN 1695-0194 RECPC 10-01 (2008), cit.,p. 4.

<sup>17</sup> WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán, Parte General*, traducción Bustos Ramírez Yáñez Pérez, 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 39. KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Indret. Barcelona. 2008., p. 11. No obstante, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Con anotaciones y referencias al Derecho penal peruano por el Dr. Luís Miguel Reyna Alfaro. Gaceta Jurídica, 1ª ed., Lima, 2004., empero precisa, WELZEL en un primer momento acentúa la importancia del sentido social del concepto de acción como expresión de sentido; posteriormente sostiene que la "acción humana es ejercicio de la actividad final" (naturaleza de las cosas), con esto intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal y devolverle de este modo la base de las leyes del ser que había sido demolida por el concepto natural de acción. Indica que a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas, sin ella queda solo la voluntariedad que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado; es por eso, que la acción final se produce no solo en el caso de que el resultado fuera el fin de la conducta voluntaria, sino también cuando era el medio para un fin ulterior, o si

acontecer "final". La "finalidad" obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad<sup>18</sup>, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad según un plan, a la consecución de estos fines.

La teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico - fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre.

Para esta concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por WELZEL) lógico reales (o lógico objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídico penal perspectivas permanentes e inconvencionales.<sup>19</sup>

---

era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de la realización. Ante las dificultades que presentaba esta teoría en especial para referirse a la acción culposa, en la que la finalidad no es un elemento específico común de los diferentes tipos de acciones; WELZEL optó por sustentar el concepto de acción cibernética para la dirección y encauzamiento de la acción., cit., p. 99

<sup>18</sup> Podríamos concluir entonces que, El carácter finalista de la acción se basa en que el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines. Si éste es el carácter de la acción humana, también lo será el de la acción delictiva. DIETRICH HERZBERG, Rolf. *Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción. Traducción de Sergi Cardenal Montraveta*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos, ISSN 1695-0194 RECPC 10-01 (2008), considerando; El "concepto de acción es un concepto central, porque el delito consiste en la infracción de prohibiciones o mandatos, y el objeto de ambas clases de normas son las acciones. La prohibición ordena no realizar una acción, mientras que el mandato exige su realización". Definir la acción como "la causación de un resultado derivada de un mero impulso de la voluntad" convierte al concepto de acción en un "producto penal artificial". *Welzel* se opuso a tal comprensión y recordó "que a la acción pertenece la intención dirigida a su realización objetiva y, por lo tanto, el contenido de la voluntad que la configura: en una acción de homicidio, por ejemplo, la voluntad de matar"., p. 5-6.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus; Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, cit., p.201. En ese sentido; JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Libro Homenaje a Hanz Welzel. Prologo y Presentación de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. 1998., afirma; Su doctrina de la acción finalista, según la cual el concepto de acción jurídicopenal debía partir de un concepto ontológico, prejurídico, de acción, configurado por la conducción final o sobredeterminación final de la causalidad, por el ejercicio de la actividad final, sobre la base de la cual, además, se debía construir todo el sistema, pues el sistema dogmático debía ser construido sobre la base de estas "estructuras lógico-objetivas", tuvo eco en muchas partes del mundo. Y aunque los puntos de partida de su doctrina hoy no están a la moda, la estructura de la teoría del delito y el concepto de ilícito construido por Welzel, terminaron imponiéndose como la forma natural de considerar el hecho punible. Si la frase de Welzel según la cual "quien computa el dolo en el tipo es finalista" fuera correcta, ciertamente, la mayor parte del pensamiento penal moderno sería finalista. De esa frase se vale recientemente Struensee en su contribución al homenaje a Don David Baigún en polémica con Roxin. Al igual que Loos, sin embargo, no creo que la teoría de Welzel se agotara en ello, ni siquiera que la ubicación del dolo fuera lo decisivo de su pensamiento... Pero, en cualquier caso, no sena fácil ponernos de acuerdo acerca de cuáles fueron las ideas fundamentales de Welzel. A mí, por ejemplo, me parece lo decisivo la línea que deriva en la escuela de Armin Kaufmann y sus discípulos,

Por ello es que WELZEL afirma que la finalidad es “vidente” y la causalidad, “ciega”. En esto radica, precisamente, la diferencia entre el concepto causal de la acción y el concepto finalista. La acción humana (conforme al concepto causal) es considerada en sus aspectos externos, mecanicista; en cambio según el concepto finalista, ella es considerada como algo que se realiza de modo orientado por la “finalidad”, anticipada en la mente del agente; es una causalidad dirigida. Esta particularidad de la teoría finalista, asociada a otros elementos (que no son necesarios traer ahora a colación), me han servido de fundamento para decir que el finalismo, a pesar de su rechazo del causalismo, concluye también en una tesis causalista<sup>20</sup>. El contenido de la voluntad (la

---

nacida en torno a la idea de Welzel del ilícito personal, en cuyo concepto la función del ordenamiento jurídico de conservar determinada situación o estado de los valores actuales de una comunidad, o de producir una nueva situación, conduce a que las normas, es decir, prohibiciones y mandatos, se dirijan al factor determinante de la voluntad, por lo cual sólo pueden prohibir acciones humanas, regidas por la orientación a fines. Pero, entonces, la contradicción de la voluntad a estos mandatos debe constituir todo el contenido del ilícito y, por tanto, al naturalismo del dogma causal como componente decisivo del ilícito penal debe contraponerse el hecho de que una norma sólo puede ser quebrantada por una acción de determinado contenido, no por sus resultados. La tentativa ha de ser, pues, el centro de la teoría de la imputación; la consumación, un producto del azar: en el mejor de los casos, u añadido no fundamentable. Esta consecuencia nunca fue admitida por Welzel, a pesar de que, a mi juicio, era la derivación inevitable de sus postulados. En cualquier caso, es seguro que gracias a él se produjo un desplazamiento de la atención desde el concepto de ilícito entendido como la lesión de un objeto de bien jurídico a la de su comprensión como quebrantamiento de una norma de conducta, por más que en torno a esto no haya aún un criterio firme acerca de en qué consiste el "puro" quebrantamiento de una norma., cit., pp. 18-23. CEREZO MIR José. *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*. En, Revista Jurídica de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología., donde asevera; La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel – la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición – así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, Esto podemos verlo con toda claridad en los conceptos finalistas de acción y de omisión. Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona se destaca, según *Stratenwerth*, la estructura finalista de la acción humana como esencial para la valoración jurídica. Solo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales durante un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos corporales durante el sueño- piénsese en el sonámbulo, etc) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión, desarrollado por *Armin Kaufmann*, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, está vinculado también, a mi juicio, a la concepción del ser humano como persona. Fuera del concepto de omisión quedan entonces las actitudes puramente pasivas, en las que faltaba la concreta capacidad de acción., cit., p. 201-202. Cfrn., a KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Indret. Barcelona. 2008., cit., p. 19.

<sup>20</sup> QUIROS PIREZ, Rene. *Manual del Derecho Penal I*, Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 93. ROMERO FLORES, Beatriz. *La Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes*. En Anuales de Derecho. Universidad de Murcia, Numero 19, 2001., El problema de la causalidad no es nuevo, ya que si la teoría del delito se cimienta en la acción (final o causal), su estudio lleva inexorablemente a la resolución de las cuestiones planteadas por el nexo entre la acción y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal... Las primeras construcciones dogmáticas que surgen para determinar cuál era la causa penalmente relevante de entre todas las que podían verse envueltas en el contexto criminal, parten del entendimiento de la causa desde un punto de vista naturalístico, es decir, existe una relación de necesidad entre el antecedente y el consecuente... Con estas consideraciones no es difícil explicar la

finalidad) puesto que constituye el factor de dirección del acontecer externo, pertenece a la acción y no a la culpabilidad (como entendía la teoría causal). Si lo determinante de la acción es la finalidad, la ciencia jurídico-penal no podía excluir la finalidad (contenido de la voluntad) de la acción postergándola al momento ulterior de la culpabilidad.

Según esta teoría, la dirección final de la acción se lleva a cabo en dos fases: En la primera, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito, lo que comprende tanto la selección por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; como la elección sobre la base de un proceso mental "de retroceso", de los medios de acción necesarios para conseguir dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda fase, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas realiza la conducta delictiva, por que su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito.<sup>21</sup>

Para el finalismo, la diferencia entre acción y omisión radica en el plano de la conducta. En la acción hay ejercicio de una actividad dirigida a un fin, mientras que en la omisión hay un no-ejercicio de una actividad final posible.

La teoría finalista se ha visto seriamente afectada al procurar la subordinación del comportamiento omisivo dentro de un concepto superior de acción. La conducta voluntaria del acontecer externo, característico de la acción finalista, falta en la omisión; ésta, para conservar su carácter finalista, tuvo que ser reconducida a un plano de dudosa seguridad conceptual. Ella radicaba en el dominio final, en sentido potencial, del acto; o sea, en la posibilidad de ejecutar una acción determinada. El comportamiento omisivo, con esta fórmula, podría comprenderse en el concepto general de acción, pero la definición de su contenido dentro del campo de la finalidad, perdía toda su esencia, porque la finalidad potencial no es propia finalidad, sino algo que puede llegar a serlo.

---

teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual será condición, y por tanto causa, aquélla que si es mentalmente suprimida provoca la desaparición del resultado... Hay muchos ejemplos clásicos que muestran cómo se produce una causalización absurda, llegándose por este camino a justificar el *versari in re illicita*, con la afirmación de que «la causa de la causa es la causa de lo causado». cit., p. 18. ZAFFARONI Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. *Derecho penal. Parte genera.*, EDIAR. Buenos Aires. 2002., p. 48.

<sup>21</sup> WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán*, cit., pp.40, 41. BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., afirma, La acción, para los finalistas tiene dos fases, a) La fase Interna, es la que se realiza en el pensamiento del autor cuando se propone un fin (lesionar, matar, etc.), empieza con la anticipación del ponerse el fin que el autor quiere realizar, luego selecciona los medios necesarios para su realización. Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. Por ultimo se tiene que considerar también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin[24]; b) la fase externa consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la norma y usual capacidad humana de previsión, es decir pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar., p. 15.

Ilustrativo resulta al respecto el ejemplo aducido por Gallas: carece de sentido afirmar que un invitado a una reunión social, que transcurre en la mejor armonía, ha omitido abofetear al anfitrión aunque tenía el dominio final potencial sobre este acto<sup>22</sup>.

Al tratar los delitos dolosos, los finalistas identifican finalidad y dolo. El dolo es considerado como elemento subjetivo de la acción y del injusto y se le arranca del campo de la culpabilidad.<sup>23</sup>

En relación a los delitos culposos, afirman los finalistas que el objetivo de tales hechos constituye una propia finalidad del ser, un real proceso psicológico, que se refiere a un resultado extratípico<sup>24</sup>

La antijuricidad para WELZEL, "es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada).<sup>25</sup> En tal sentido "la realización antijurídica del tipo atenta contra el orden valioso en que consiste la vida social tal y conforme lo ha dado el ordenamiento jurídico"<sup>26</sup>, de aquí surge la autonomía de la causa de justificación como norma permisiva, frente al tipo como norma prohibitiva.

Contra la idea esencial de la teoría finalista, de que la acción humana se caracteriza por estar orientada hacia un fin determinado, se dirige la crítica que afirma la dependencia de la finalidad del comportamiento humano con relación al sistema normativo. Son los objetivos de éste los que permiten caracterizar la finalidad de la acción.

La noción de acción del finalismo no sería, contrariamente a sus afirmaciones, una noción crítica y prejurídica, sino más bien de carácter normativo. Es cierto, que el hombre tiene capacidad para proponerse fines y orientarse hacia ellos, pero no siempre actúa de esta manera. La "acción final no es sino un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción". Es de considerar que tal definición no comprende a las diversas acciones automáticas (importantes en la circulación automotriz, por ejemplo), a las acciones intempestivas y violentas y a las acciones pasionales.<sup>27</sup>

También se ha criticado a la Teoría Finalista con respecto a los delitos imprudentes, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, "una acción de muerte la comete tanto el que dispara apuntando con voluntad de matar, como el que al limpiar su escopeta la descarga sobre otro", olvidan la referencia del actuar con el resultado. En el primer caso, el sujeto actúa finalmente en relación al homicidio (comete una acción de muerte); en el último, la finalidad está limitada a la conducta de limpiar la escopeta (se lleva a cabo una acción

---

<sup>22</sup> QUIROS PIRES, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 94.

<sup>23</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, T edición, Lima, 1987, p. 333.

<sup>24</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 334.

<sup>25</sup> WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán, P. G.*, cit., p. 60.

<sup>26</sup> *Ibidem.* WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán, P. G.*, cit., p. 60.

<sup>27</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 334



de limpieza, final irrelevante para el tipo, que por un descuido, causa el resultado típico).

Se ha tratado de salvar esta objeción sin mucho éxito, recurriendo a la noción de la "finalidad potencial". Así, se dice, por ejemplo, que conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción "realmente finalista: y que el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una "finalidad potencial"; la misma que condiciona la valoración jurídico-penal.<sup>28</sup>

Sobre la concepción natural del dolo (considerado como fenómeno psicológico: intención) también se critica a la teoría finalista, porque la naturaleza misma de la finalidad no permite comprender al denominado dolo eventual.<sup>29</sup>

El concepto final de acción logró adeptos como por ejemplo: Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth y von Weber, en Alemania; y Cerezo Mir, Córdova y Beraistain, en España.

Una de las principales críticas fue la de Engisch, pues él se refirió a las dificultades de comprender dentro del concepto propuesto por Welzel no solo a la culpa, sino también al dolo indirecto y al dolo eventual, porque en ninguno de estos casos el autor dirige directamente su acción a un fin determinado.

La teoría finalista resolvió adecuadamente los problemas del delito de acción, pero tuvo grandes problemas en el ámbito de la imprudencia y en el de omisión. En efecto, en la omisión no existe una dirección final de un proceso causal, y en los delitos imprudentes la finalidad no es la causación del resultado producido<sup>30</sup>.

JAKOBS por su parte refiere como crítica a su maestro, que la finalidad, como dirección consciente e intencional de las consecuencias de la ejecución de la acción, no se extienden a las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas imprudentemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere abreviándolas, a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.

Durante la vida de Welzel, su sistema fue objeto de importantes críticas, básicamente deben destacarse las realizadas por Engisch, Bockelmann,

---

<sup>28</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal, P. G.*, cit, p. 335.

<sup>29</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal, P. G.*, cit, p. 335. Del mismo modo; QUIROS PIREZ, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, señala, La acción se concibe por la teoría social en el sentido de fenómeno perteneciente a la vida social, de fenómeno con relevancia social. Lo de interés para el Derecho penal, tocante a la acción, no es la producción de una manifestación en el mundo exterior, sino la causación de consecuencias socialmente relevantes. Su indiscutible mérito ha sido el de aproximar la noción de las acciones humanas a su contexto real. No obstante, su rendimiento práctico se ha visto limitado ante la imposibilidad de alcanzar el objetivo que se había propuesto: elaborar un concepto prejurídico de la acción, comprensivo tanto del comportamiento activo como del omisivo. Editorial, Feliz Valera, la Habana, 2009, Tomo I, p. 93. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal, Parte General, Tomo I.* Civitas. España. 2002., p. 125.

<sup>30</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción.* En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., ob., p. 22

Mezger, Stratenwerth y Maihofer. Estas críticas hicieron reflexionar a Welzel y su pensamiento fue, en parte, modificándose en algunos extremos. Así pues, el concepto final de acción es un concepto evolutivo en el que es observable que ha pasado por diversas formulaciones

## 2.1. CONSECUENCIAS DEL FINALISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO

En la “lucha de escuelas” de la ciencia jurídico-penal alemana, es decir, la contienda sobre la esencia y los fines de la pena entre FRANZ VON LISZT, por una parte, y la “escuela clásica”, por otra, dio lugar a un enfrentamiento de opiniones, ya ampliamente superado, en el ámbito de la política criminal, cuya lamentable repercusión fue el retraso de la reforma del derecho penal. Con posterioridad se inicia la hermosa polémica entre los autores de la *estructura del delito* y, más específicamente, del elemento decisivo de la misma (dentro de la teoría del delito) o sea la *estructura de la acción*<sup>31</sup>.

Se enfrentan, de un lado, los defensores del concepto tradicional (clásico) de acción, caracterizada por ellos mismos como *concepto de acción social* o — más claramente— *concepto causal de acción*. De otro lado, los precursores y el diseñador del *concepto final de acción*. Entre los primeros, señaladísimamente, VON WEBER, GRAF ZU DOHNA Y HELMUT MAYER y su auténtico creador HANS WELZEL.

Las consecuencias más importantes del concepto final de acción (aceptado, en su mayor parte, por el poder judicial alemán) fueron, entre otras, las siguientes:

- Ordenamiento sistemático del dolo en la estructura de los hechos punibles.
- Tratamiento del error.
- Problemática de la autoría y de la participación.
- Ubicación de la antijuridicidad en relación con la culpabilidad.
- Entendimiento de las normas de comportamiento en función de los imperativos.
- Distinción entre disvalor de acción y disvalor de resultado.

Por su parte, MAURACH (a quien, se le considera el segundo jefe de la escuela finalista) expresa que el concepto final de acción tiene su origen en diversas causas. Su fundamentación reside en dos raíces: LA PRIMERA es de carácter filosófico; se trata de la reacción ante el concepto naturalista o causal de acción (desarrollado por LISZT y sus seguidores) que continuó desenvolviéndose al amparo de la denominación de *concepto social de acción*. LA SEGUNDA integra

---

<sup>31</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas. México. 2006., p. 59-60., precisa además; Ciertamente es que el adelanto dogmático jurídico-penal que proporcionó el finalismo, actualmente puede ser cuestionado; así, su metodología constituyó, tal vez, un obstáculo para el acercamiento a la política criminal. Fue tan enorme el impacto que produjo en la dogmática, que constituyó una secuencia de tal capacidad valorativa que —de alguna manera— cercenó ese acercamiento a la política criminal. No obstante, hay que reconocer que ciertas instituciones (importantes para la dogmática jurídico-penal, como por ejemplo el dolo eventual) quedaron en dificultades para su comprensión, en el ámbito de las estructuras lógicas reales del finalismo., ob., p. 62-63

un producto del desarrollo de la dogmática típicamente jurídico-penal y (específicamente) una expansión adecuada, y sobre todo necesaria, de la teoría del tipo, puesta de manifiesto por ERNEST BELING al comienzo del siglo XX, concretamente en los años iniciales del mismo (1906-1907). Sin duda la aportación del finalismo fue extraordinaria y WELZEL uno de los juristas originales del siglo XX, aunque hay situaciones de su formulación científica ya superadas (o en vía de superación), que tampoco se corre tan rápido con un jurista de esa categoría.

Frente al concepto final de acción se anticipó el concepto naturalista de acción —formulado en su momento por FRANZ VON LISZT—. Dicha noción naturalista de acción muestra (diáfananamente) la influencia de la filosofía de raíz positivista, entendida en el sentido de Augusto Comte. Recibió el nombre de “acción natural”, ya que pretende incorporar las leyes causales de las ciencias naturales al ámbito del derecho penal y, además, a causa de que su contenido es *prejurídico*, es decir, un contenido *a priori* desde el punto de vista jurídico.

Evidentemente, de lo anteriormente señalado, derivan los errores primeros de esta teoría. Inevitablemente, la noción naturalista de acción produce una consideración física de la causalidad. A pesar de ello, ésta tiene que ceder en el caso de delito de omisión, puesto que, para el concepto físico de acción, rige desde luego el apotegma de que: “de la nada no puede seguir nada”. En este sentido, el delito de omisión no puede originar ninguna causalidad (al menos, en el plano estrictamente físico)<sup>32</sup>.

En cuanto al concepto social de acción<sup>33</sup>, por su parte, estima que la acción del hombre (verdadera base de toda construcción del delito), resulta imposible definirla únicamente en función de las leyes de la naturaleza, o sea, “en un ámbito extraño al derecho”. En la acción, se trata de un concepto plenamente ubicado dentro del derecho (inclusive un concepto situado dentro del derecho penal).

---

<sup>32</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas. México. 2006., p. 64-65

<sup>33</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas. México. 2006., precisa, Según MAURACH el concepto social de acción, 1. La teoría causalista de la acción olvida, que ésta es un ejercicio final de la actividad humana, en principio. El autor de la conducta contempla la meta, antes de escoger el medio para la acción. Para Welzel, la acción tiene como característica principal “la anticipación del fin en el pensamiento”. Presume, por consiguiente, una voluntad específica dirigida a un objetivo y una manifestación final de dicha voluntad. En la concepción welzeliana de la acción, rige el principio fundamental no de cualquier actividad humana, sino el de “una actividad final humana”. 2. Que si las doctrinas causales de la acción identifican el concepto de acción con la producción del resultado, es muy difícil entender la ubicación de ciertas clasificaciones de la manifestación de voluntad que no producen resultado. 3. Estima el ilustre profesor alemán que el concepto causalista de acción (según él) es igual a la causación de un resultado y no constituye, desde luego un fundamento sólido del delito... Ante esta tesis, Maurach (en las conferencias anteriormente reiteradas) repitió que el origen del concepto final de acción tiene su fundamento en dos raíces: por un lado, una causa psicológico-filosófica; y, por el otro, en la ciencia del derecho penal, o dogmática jurídico-penal., p. 67. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*. Volumen II. TECNOS, 6ª ed. Madrid. 2000., p. 36.

En estas condiciones, el hecho de que la acción origine una modificación en el mundo físico externo no produce, por consiguiente, ningún aspecto importante. Esencial es tan sólo que implique una relación valorativa con el mundo circundante social. Por eso, qué sea la ‘acción’, no lo determinan las leyes de la naturaleza, sino los requisitos del derecho. Acción es la causación de un resultado relevante socialmente; desde el punto de vista jurídico-penal, es la causación de un resultado típico”. Por consiguiente, la acción es idéntica a la causación del resultado, con el agregado de un puro factor de causalidad<sup>34</sup>.

De cualquier manera, la actual relevancia dogmático-jurídica de la teoría final de la acción se concentra —sustancialmente— en haber destacado un aspecto decisivo para la fundamentación de la pena: “la estructura final de la conducta humana”. Por tanto, el finalismo ha sido capaz de aprehender (en cierta medida) *el componente antropológico de la responsabilidad penal*. También (frente a un hecho culposo) resulta posible hablar de una utilización errónea de dirección final. Tal situación queda bastante bien enmarcada en la frase “lesión evitable de un bien jurídico”, que es abundantemente citada para tratar de caracterizar los hechos punibles culposos. Así: *el delito culposo puede ser entendido como la falta de la dirección final generalmente exigida y que el autor puede dar a sus acciones*.

Desde un punto de vista funcional y de desarrollo histórico, *la teoría social de la acción* se encuentra entre la teoría causalista y la teoría finalista. De hecho, su punto de partida se ubica, al menos en parte, en los años treinta; pero únicamente adquiere su mayor proyección después de terminada la segunda conflagración mundial<sup>35</sup>.

Precisamente, dada la diversidad de formulaciones de la teoría social de la acción, resulta ciertamente dificultoso constatar un nexo de unión entre ellas. No obstante, *este elemento común de lo diverso* (entrañable expresión aristotélica) se encuentra constituida por la atención prestada a la *relevancia social de la conducta humana* (ya sea de acción o de omisión).

### 3. TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL<sup>36</sup>

A esta Teoría se le suele decir que es una síntesis entre el concepto causal y el concepto final de acción porque su objetivo exclusivo es ofrecer un concepto unitario de acción, en el que habrían fracasado tanto los causalistas como los finalistas, y no una estructura sistemática del delito<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>35</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas. México. 2006, p. 67-68

<sup>36</sup> Sostiene el profesor HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal Parte general*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2005, p. 389, este planteamiento constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros.

<sup>37</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., ob., p. 23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 4, Lima, 2003., cit., p.385.

“Acción es conducta humana socialmente relevante”, es decir, que la acción puede consistir tanto en el ejercicio de actividad final, como postulaban los finalistas como en la causación de determinadas consecuencias (como sostenían los causalistas), en la medida en la que el suceso hubiera podido ser conducido de acuerdo con la finalidad del autor. Una conducta -se dice en este sentido- es socialmente relevante o no si se subsume o no bajo un tipo penal.<sup>38</sup> “Según esta concepción socialmente relevante implica la relación del individuo con el mundo circundante (su milieu) el que es alcanzado por sus efectos”.<sup>39</sup>

En la teoría social de la acción se asumió por un lado, todo lo que es relevante jurídico-penalmente, es decir, tanto "hacer" como "omitir" -superando así la crítica de Radbruch- y, por otra, el de asumir otro concepto que excluya todo lo que no es relevante<sup>40</sup>.

Esta teoría fue planteada por primera vez por EBERHARD SCHMIDT en 1932 quien deduce de la "naturaleza de las cosas" que sólo las acciones con sentido social interesan jurídico-penalmente", "pues entre el mundo socialmente lleno de sentido y el derecho pueden establecerse relaciones de cambio, y no entre el derecho y la naturaleza en el sentido causal empírico de los puros datos del ser".<sup>41</sup>

El concepto social de acción parte de una valoración que no es jurídica sino "social". Weber, critica a esta teoría de la siguiente manera: "entendiendo que es tarea del derecho penal proteger el orden social, se acerca a esto, que sólo deben pensarse las conductas perturbadoras y ella se entiende como un elemento del concepto de acción".<sup>42</sup>

La acción, según SCHMIDT, es un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior, luego, se trata de un concepto valorativo, en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de

---

<sup>38</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal, Parte General*, Ara, Lima, 2004, p. 240.

<sup>39</sup> HURTADO POZO José; *Manual de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 336.

<sup>40</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión... Este concepto de acción lo que hace es trasladar una problemática de la tipicidad a nivel de la acción (pre-típico) que puede manifestarse de todas formas delictivas, tanto en las modalidades conductuales como en las imputaciones subjetivas. En la modalidad omisiva puede manifestarse una determinada inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción., *passim*.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio; *Tratado de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 111. Del mismo modo, también; BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., al sostener; Esta teoría procede de EBERHARD SCHMIDT, quien hizo verdaderos esfuerzos por superar el puro concepto naturalístico de la acción, primero en la última edición, póstuma, que realizó del tratado de su maestro FRANZ VON LISZT (1932), y después, principalmente, en el Homenaje a ENGISCH. Fue el primero en resaltar la importancia de lo social para comprender el concepto de acción., p. 25.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio; *Tratado de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 112.

acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social<sup>43</sup>.

Para JESCHECK “acción es toda conducta humana socialmente relevante” determinándose la relevancia social por: a) la dirección de la voluntad (finalidad), b) el resultado (causalidad) y, c) por la conducta que el derecho espera. La inclusión de la finalidad a los efectos de la relevancia social, es lo que le permite luego la construcción de un tipo complejo en el delito doloso.<sup>44</sup> El contenido del término “socialmente relevante” significa que afecta a la relación del individuo con su mundo circundante que le manifiesta como “persona social”<sup>45</sup>.

MAIHOFER, el más claro expositor de la corriente objetivista del concepto social de acción, coloca al concepto como piedra angular del hecho punible y lo elabora conforme a cuatro elementos: el intelectual (previsión del resultado de la acción); el volitivo (señorío del suceso de acción); el objetivo (la escala de posibilidades humanas) y el social (respecto del mundo exterior, del resultado para otro). Sintetiza el concepto de acción como todo dominio de la acción de un hombre con dirección a un resultado previsible”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., ob., p. 27.

<sup>44</sup> Sobre esta concepción de MAURACH, Reinhart, véase: ZAFFARONI, Eugenio; *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 116.

<sup>45</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., cit., p. 28.

<sup>46</sup> MAIHOFER, p. 178, ob. cit. por ZAFFARONI, Eugenio; *Tratado de Derecho Penal, P. G.*, cit., p. 116. QUIROS PIREZ, Rene. *Manual del Derecho Penal I.*, Editorial, Feliz Valera, La Habana, 2009, Tomo I, p. 94, de otro lado concluye; No ha sido convincente su formulación del concepto superior de acción: MAIHOFER y JESCHECK lo han intentado por cursos explicativos diversos. No obstante, ambos al final han coincidido con WELZEL en la tesis acerca de la noción potencial de la omisión. MAIHOFER partió de esta alternativa: o se eliminan las características de corporeidad y de voluntariedad de ese concepto superior de acción, o se reconoce que los comportamientos omisivos no son corporales ni voluntarios... Frente a tal disyuntiva optó por la primera fórmula: la acción consistía, a su juicio, en todo comportamiento humano objetivamente dominable, dirigido a un resultado social objetivamente previsible. Por consiguiente, la acción —para MAIHOFER— no constituía un concepto real, sino potencial (posible), porque, en definitiva, “lo dominable” es sólo “lo posible de dominar” y “lo previsible”, “lo posible de prever”. JESCHECK ha sostenido que el comportamiento humano puede consistir en el ejercicio de actividad final o en la causación de consecuencias, con tal de que el proceso resulte conducible empleando la finalidad, o en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción, a condición de que también ocurra la posibilidad de conducción. También JESCHECK —según se advierte— ha apelado a la idea de la omisión en sentido potencial, por cuanto una expectativa de acción defraudada por la conducta del sujeto no sería más que una espera fundada en probabilidades, es decir, la posibilidad de una acción. No obstante; BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., en este punto indica, El concepto social de acción fue desarrollada por ENGISCH y MAIHOFER. El primero trata de insertar la teoría de la causalidad adecuada en la teoría de la acción, entendiendo que la acción, como concepto natural-social, comprende todas aquellas, consecuencias que, según la experiencia, son adecuadas, es decir define el actuar como “la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes”, en dicha definición abarcaba tanto a las acciones dolosas finales como a las

De acuerdo a los partidarios de dicho concepto, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Entendiéndose este como la respuesta del hombre a las exigencias del mundo, ya sea conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción, de acuerdo a su libertad. Tal respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado), en la no realización o inactividad de un acto ordenado (no necesariamente ordenado por la ley, o en ciertos límites, en la producción de un resultado mediante un suceso de principio controlable (causalidad)<sup>47</sup> Así la tesis de la acción social continuador del causalismo es también un criterio normativo.

Lo que interesa es un comportamiento típico. Se deduce dos consecuencias: en la primera la caracterización de la infracción no está condicionada en definitiva por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera como se concreticen las nociones de tipicidad e ilícito, y en la segunda que está en relación con la problemática de acción, la función que desempeña la noción de acción, cualquiera sea su orientación, es de carácter negativo, pues sirve para eliminar los hechos irrelevantes para el derecho penal.<sup>48</sup>

Una de las críticas es que el concepto social de conducta como versión del causalismo, carece de sentido, porque nada agrega a lo expresado por el causalismo y, en consecuencia, son válidos contra él los argumentos que se han esgrimido por parte del finalismo.

De dicho concepto se pretende conducir a la ética social, lo cual repercute en todos los estratos valorativos de la teoría del delito y pone en peligro el principio de legalidad.

A la teoría finalista o concepto cibernético, el concepto finalista es necesariamente social y cualquier concepto social de conducta es necesariamente final. Este concepto "presenta la dificultad como elemento de enlace, en que apenas se le puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están en relación de tal dependencia recíproca que apenas son separables".<sup>49</sup>

---

imprudentes. Según MAIHOFER, la acción es todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible., cit., p. 29-32.

<sup>47</sup> Al respecto de este punto, se infiere que los partidarios de la teoría social, para determinar si ha habido o no acción y, en su caso, qué clase de acción ha habido, se vieron forzados, al definir la "relevancia social de la acción", a apelar al tipo. Por ello se ha afirmado, con razón, que esta teoría concluye convirtiéndose en una doctrina de la acción típica, al confundir la acción con la acción antijurídica, porque ¿cuándo es socialmente relevante una acción? La respuesta proporcionada por la teoría social de la acción resultó insatisfactoria al punto de vista prejurídico de la acción: cuando ella —se ha aducido por quienes sostienen esta teoría— sea captada por el Derecho penal. Esto no es más que una concepción normativa de la acción.

<sup>48</sup>HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, P. G., cit, p. 338.

<sup>49</sup> ROXIN Claus; *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., pp. 245, 246.

Según MIR PUIG la teoría Social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto común a los delitos dolosos, culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Para reunir estas categorías en un concepto unitario de acción hay que remontarse a un punto de vista superior de naturaleza valorativa, que aúne lo incompatible en la esfera del ser. Tal punto de vista ha de ser la perspectiva social: será todo comportamiento humano socialmente relevante”<sup>50</sup>.

El concepto social de acción engloba con ello todas las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una definición que no solo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Finalmente, excluye aquel tipo de comportamientos que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal<sup>51</sup>.

Siendo la relevancia social una cualidad que la acción puede tener y si falta ésta no desaparece la acción, sino sólo su importancia social. Las acciones que son socialmente perturbadoras, por su dañosidad social en cuanto a la expresión de un sujeto culpable.

---

<sup>50</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., quien precisa; La finalidad y la posibilidad de la finalidad serán los dos criterios que, junto al de trascendencia exterior, concederán relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos, y la posibilidad de finalidad en la imprudencia, porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado podía haberse evitado finalmente... A palabras de HANS-HEINRICH JESCHECK el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno entonces con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social... Respecto a esta teoría, Muñoz Conde dice: “puede ser aceptada en la medida en que solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero a este concepto de relevancia social es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a este le interesa s, en definitiva, la relevancia típica”...; ob., p. 34-35. También; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?*. Grijley. Lima, 2007., sosteniendo La función social de la acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en su segundo plano, y en el que el aspecto de la Sociabilidad es plenamente constitutivo. Expone que si un sujeto viviera aislado de forma absoluta del mundo social, y cometiera un delito, no sería necesario recriminar dicha conducta, es decir si por ejemplo “A” cometiera un delito de hurto o robo en estas circunstancias, se exigiría primero la existencia del derecho de propiedad, y este es un derecho social, o mejor dicho personal – social: esto es interpersonal. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una persona, pero existe pro convención social., p. 101. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi, 4ª ed. Buenos Aires. 2005., p. 35.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 35.



Entre las principales críticas contra esta teoría se sostiene que el concepto de “relevancia social” no es conveniente como elemento sistemático de unión, ya que en ella no se trata del sustantivo al que hay que agregar los predicados jurídicos valorativos, sino que con la misma se designa ya una cualidad de importancia solo en la valoración del injusto y que la relevancia social es una cualidad que la acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino solo su importancia social.

#### **4. TEORIA COGNITIVA DE LA ACCION.**

Dentro de las últimas concepciones de la evolución de las teorías acerca de la acción, el profesor de la Universidad de Frankfurt WALTER KARGL plantea un nuevo criterio de acción denominándola “Concepto cognitivo de acción”. Esta teoría evita los déficits de las teorías de la acción existentes hasta la actualidad y podría por ello tener la perspectiva de volver a despertar el interés de Luhmann por el “bajo vientre” (perteneciente a la teoría de la acción) de la teoría de los sistemas.

WALTER KARGL afirma que las teorías de la acción existentes han fracasado por dos razones entrelazadas: Por un lado el voluntarismo de toda variedad de la (hoy todavía discutida) teoría de la acción y, por otro lado, su necesario anclaje en la ontología en la que se debe suprimir los valores y las valoraciones de la arbitrariedad humana.

Para bosquejar por lo menos los criterios centrales de la teoría cognitiva hay que volver a traer a colación el atributo central de los sistemas autorreferenciales, su determinabilidad de estado. Si se asume como verdad que la conciencia se ve determinada decisivamente por sus estados interiores, la “voluntad” no puede ser algo que exista fuera de la adecuación a leyes del estado del sistema<sup>52</sup>.

La voluntad es más bien dicho estado mismo y precisamente como consecuencia de la historia conjunta de interacciones del ser humano con el entorno. La psicología evolutiva de PIAGET y la biología del conocimiento de MATURANA apoyan dichos puntos de partida. De acuerdo con ello se forman en paralelo a lo largo del desarrollo infantil tanto los esquemas cognitivos como los afectivos, que se jerarquizan de forma totalmente idéntica a las estructuras intelectuales.

De esa manera surgen las estructuras afectivas e intelectivas de forma absolutamente conjunta, no pudiendo los sentimientos cursar instrucción alguna al sistema mental que no se encuentre ya en las cogniciones. Las referencias a la “voluntad libre” implican, sin embargo, la superioridad y preferencia de la voluntad sobre el conocimiento, poniendo a salvo la voluntad de las experiencias vitales y estilizándolas en una entidad transempírica que la convierte en fungible para cualquier fin que se quiera -para la libertad tanto como para el control-. En sentido contrario el concepto del sistema afectivo de

---

<sup>52</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., p. 51

referencia acentúa la igualdad de rango entre el conocer y el querer. Tal y como se organiza el conocimiento en jerarquías cognitivas de valores, el sentimiento desarrolla una jerarquía afectiva en la que los sistemas de referencia superiores dominan a los inferiores. La "voluntad" no es, por tanto, otra cosa que la articulación del tema de relación cognitivo-afectivo tomado como más importante en la correspondiente situación<sup>53</sup>.

El sistema se encuentra estructuralmente acoplado a su entorno, aquél reacciona siempre "adecuándose", es decir la conducta del organismo "se ajusta" a la conducta del medio. Si se quiere variar, la transformación del sistema tiene que concordar con la transformación del medio. Para aquél que se encuentra en el entorno del sistema ello tiene la consecuencia de que él tiene que cambiarse a sí mismo si quiere cambiar la conducta del sistema.

## 5. TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO

El Funcionalismo como teoría emergente en el Derecho Penal moderno tiene su mayor campo de desarrollo en Alemania, surge por la influencia de las corrientes sociológicas conocidas con el mismo nombre y, según BRAMONT ARIAS, presenta dos vertientes, la primera seguida por Claus Roxin conocido como Funcionalista Moderado, y la segunda sostenida por Günther JAKOBS dentro de la, así denominada por algunos, óptica radical.<sup>54</sup> Según este autor, el primero de los nombrados plantea la necesidad de superar el "... dualismo entre dogmática y política criminal, de tal manera que aquella se enriquezca con las aportaciones de la otra; mientras que Jakobs, tiene una visión diferente acerca de la concepción de ROXIN, pues, "... concibe al derecho penal como orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la Sociedad. Por tal motivo no se toma en cuenta la conciencia individual pues el Derecho penal es parte de la sociedad, siendo su función el mantenimiento del sistema".<sup>55</sup>

BRAMONT ARIAS añade que dichas corrientes sociológicas "contemplan a la sociedad como un complejo organismo armónico integrado por miembros que desarrollan una " función " específica, lo cual permite la coherencia del sistema y contribuye a su desarrollo dinámico, manteniendo así su estructura básica".<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei. *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009., p. 53.

<sup>54</sup> BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000, pp. 106 y ss.

<sup>55</sup> BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 109. MONTERO CRUZ, Eduardo. *El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*. En Revista Biblioteca Virtual, Cervantes Virtual., passim. KARGL, Walter, "¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?". En Teoría de los sistemas y Derecho penal, Carlos Gómez-Jara Díez. Comares. Granada, 2005., p. 86.

<sup>56</sup> *Ibidem*. No obstante; esa modernidad comprende muchas situaciones como lo señala; GIDDENS A. / BAUMAN Z. / LUHMANN N. / BECK U. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, Contingencia y Riesgo Josetxo Beriain (Comp.)*. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Revisión técnica de Josetxo Beriain. Cultura Libre, Primera Edición, Barcelona. 1996., al precisar; La modernidad tardía comparece como el umbral temporal donde se produce una expansión temporal de las *opciones* sin fin y una expansión correlativa de los

Dentro de la óptica del *funcionalismo*, según JAKOBS, "Al hablarse hoy en día del concepto de acción, habitualmente se está hablando de una parte del concepto de injusto, más concretamente de un segmento que es común a todo tipo de injusto: ya sea el injusto de un homicidio o el de un delito de daños, el injusto en delito de lesión o de un delito de peligro abstracto, siempre es necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión ...". Agrega dicho jurista que "... en los últimos veinte años apenas se ha discutido ya sobre el concepto de acción; se ha llegado a un arreglo en posiciones más o menos causalistas o finalistas".<sup>57</sup>

---

*riesgos*. Sabemos que tenemos más posibilidades de experiencia y acción que pueden ser actualizadas, es decir, nos enfrentamos a la necesidad de elegir (decidir) pero en la elección (decisión) nos va el riesgo, la posibilidad de que no ocurra lo esperado, de que ocurra «lo otro de lo esperado» (contingencia). La indeterminación del mundo nos obliga a desplegar una *configuración* de la experiencia del hombre en el mundo, pero esta configuración temporalizada puede significar que queriendo el mal se cree el bien (GOETHE) y viceversa, que queriendo el bien se cree el mal. La modernidad se origina primariamente en el proceso de una *diferenciación y delimitación (rente al pasado)*, La modernidad se separa de la hasta ahora tradición predominante. Como afirma EISENSTADT: «La tradición era el poder de la identidad, que debe ser quebrado para poder establecerse las fuerzas políticas, económicas y sociales modernas...Con el desprendimiento de la tradición, la sociedad moderna tiene que *fundamentarse exclusivamente en sí misma?* Se trata de un tipo de sociedad que se construye sobre sus propios fundamentos. Así lo ponen de manifiesto conceptos reflexivos, la autovalorización (MARX), la autoproducción (TOURAINE), la autorreferencia (LUHMANN) el crecimiento de la capacidad de autorregulación (ZAPF). La modernidad configura una representación social de encadenamiento precario entre la tradición y el futuro, la continuidad de los modelos de significado instituidos en el pasado es contestada por la *discontinuidad* instituyente de un horizonte de nuevas opciones que configuran una *aceleración* de los intervalos de cambio económico, político, etc. El politeísmo funcional de nuevos valores típicamente modernos origina un optimismo (Marx), en torno a las nuevas opciones vitales posicionalmente desplegadas, pero al mismo tiempo produce un pesimismo (WEBER) por la selectividad del modelo de racionalidad dominante. En la modernidad tardía la: conexión de lo que radica en el pasado y de aquello que radica en el futuro deviene en principio *contingentes*. En el tiempo la evolución social acumula improbabilidades y conduce a resultados que podrían no haber sido producidos por planificación o diseño, en muchos casos del «intento de empujar la sociedad en una determinada dirección resultará que la sociedad avanza correctamente, pero en la dirección contraria...La sociedad moderna que procede de la «demolición» del viejo orden tiene un carácter altamente *precario*, No tiene sentido ni apoyo en sí misma, se sobrepasa a sí misma (se auto-excede). Ha perdido su referencia con el viejo orden y no ha encontrado uno nuevo. El nuevo orden significa, no sólo que la sociedad se diferencia del pasado, sino que *se diferencia en sí misma* en subsistemas. Según PARSONS y LUHMANN este proceso que afecta predominantemente a las sociedades modernas se llama diferenciación funcional, ob., p.11-12. Del mismo modo; LUHMANN Niklas. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jost Berian y José María García Blanco. Trotta Editorial, Madrid. 1998., Si la sociedad moderna se da a sí misma el título de «moderna», lo que hace es identificarse con ayuda de una relación de diferencia con respecto al pasado. Se identifica, pues, en la dimensión temporal. Esto no es nada en principio llamativo. Un sistema autopoiético sólo puede construir una identidad propia recurriendo continuamente a su propio pasado, es decir, distinguiendo entre autorreferencia y heterorreferencia.... Los problemas de la sociedad moderna son determinados no como problemas de la conservación del origen Se trata, más bien, de un constante engendrar una diversidad de realidades. Pero entonces se necesitan criterios de esta diversidad de realidades aún determinada por la no identidad., ob, p. 131-134.

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther; *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2000, p. 76.

Asimismo indica, dicho autor, que un concepto jurídico penal de acción necesariamente debe combinar Sociedad y Derecho Penal, debiendo ser una unidad conceptual.<sup>58</sup>

MUÑOZ CONDE, añade de otro lado, que la Acción así como las demás categorías de la Teoría del Delito bajo el esquema del Funcionalismo se contemplan desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia.<sup>59</sup>

Dichas categorías, añade dicho jurista, se elaboran desde el punto de vista de su funcionalidad intrasistemática, con criterios ordenadores extraídos del propio sistema. Es indiferente, continúa MUÑOZ CONDE, que "el sistema sea el de un Estado democrático o el de un Estado Totalitario, etc. lo que importa es la estabilidad del sistema mismo y la funcionalidad de las distintas categorías y conceptos elaborados para conseguir esa estabilidad".<sup>60</sup>

En este sentido, podremos decir que la acción, desde la óptica del Funcionalismo, es aquel hecho que es culpable, de manera que para nada importa el movimiento corporal, en cuanto ello no pasa de ser un mero suceso causal-mecánico, pues lo que interesa es la relación que el sujeto tiene con la norma.

Para ello JAKOBS señala, "que lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma, puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción", además indica, "que el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal".<sup>61</sup>

En consecuencia, para Jakobs acción es la causación del resultado individualmente evitable o la causación evitable de un resultado, y la omisión es la no evitación evitable de un resultado, dicho autor alemán difumina la división entre acción y omisión, y esto se produce, por el traslado de la posición de garante de los delitos omisivos a los de comisión, concepto vertido en el desarrollo del funcionalismo sistémico en cuanto a la pena se refiere.

En efecto, tanto en uno como en otros existe una posición de garante, dado que la responsabilidad del sujeto procederá de su rol, esta responsabilidad podrá estar fundada por su responsabilidad por organización o bien en la competencia institucional. Para Jakobs "la conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado".

---

<sup>58</sup>JAKOBS, Gunther; *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, cit, p. 78.

<sup>59</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 230 y ss.

<sup>60</sup>Ibidem.

<sup>61</sup>JAKOBS, Gunther; *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, cit., p. 78

JAKOBS, añade que la acción "consiste en el comportamiento del sujeto en el delito de comisión... el concepto de Acción cabe vincularlo a la total imputabilidad, sin consideración a la antijuricidad... ".<sup>62</sup>

En síntesis, dentro del marco de una perspectiva funcional, el derecho penal garantiza la contradicción, toda expresión de sentido que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido, de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad.

Se puede concluir que para Jakobs, "... el concepto de acción en cuanto concepto jurídico penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcla de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la Teoría del Injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad".

Además, considera que: "... al hablar del concepto de acción ya se ha producido una opción del derecho penal en contra de que haya responsabilidad por la mera existencia y a favor de que la responsabilidad se produzca por movimientos corporales realizados o que podrían haberse realizado, y en este sentido: responsabilidad por organización"; "... la acción es objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido de que la norma en cuestión no es la máxima rectora ,...".<sup>63</sup>

En suma, teniendo en cuenta que desde la perspectiva de la Teoría funcionalista del Delito, la categoría de Acción se contempla desde el punto de vista de su funcionalidad para el sistema social de convivencia, según apunta MUÑOZ CONDE, refiriéndose a JAKOBS, una "visión puramente tecnocrática del Derecho Penal y de la Teoría del Delito, en la que el carácter conflictivo de la convivencia social queda convertido en un problema que tiene que ser reducido y resuelto en las categorías jurídicas, de forma puramente funcional ... las categorías del delito, (entre ellas la acción), se elaboran desde el punto de vista de su funcionalidad intra-sistemática, con criterios ordenadores extraídos del propio sistema ...".<sup>64</sup>

BRAMONT ARIAS, refiriéndose a JAKOBS a manera de crítica, afirma que el Funcionalismo carece de un punto de vista crítico hacia el sistema social, así como la ausencia de una estructura lógico material para poder comprender a la sociedad, y finalmente la falta de atención hacia el sujeto.

Finalmente, una muy breve consideración. El concepto de acción de JAKOBS implica atribuirle una totalidad de sentido, es decir, la acción es la infracción culpable de la norma jurídico-penal, pues ella importa la defraudación competente de expectativas normativas. Como señala SILVA SÁNCHEZ, se

---

<sup>62</sup> JAKOBS, Gunther; *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, cit., pp. 156 y 157.

<sup>63</sup> JAKOBS, Gunther; *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, cit., p. 82.

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal*, P. G., cit., p. 230.

trata de un concepto de acción-delito<sup>65</sup>. Por eso, resulta coherente la exigencia de la culpabilidad como presupuesto de la acción, en la medida que en él se enjuicia no un suceso meramente causal-natural, sino una conducta con una significación particular para el Derecho penal.

## 6. EL CONCEPTO NEGATIVO DE ACCIÓN

Rolf Dietrich HERZBERG ha elaborado una sugerente concepción sobre la acción, según la cual carece de mayor relevancia un concepto de acción como base del sistema, en sentido pretípica (esto quiere decir antes del análisis a efectuar en el nivel sistemático de la tipicidad), conforme a la doctrina dominante. En este sentido, plantea dicho autor un concepto normativo de acción, que debe abarcar lo común a todo delito. Así, acción es la omisión con infracción del deber de cuidado y penalmente desvalorada. Explica, refiriéndose al hecho punible o hecho antijurídico, que "ambos conceptos se refieren a la totalidad de las normas penales y abarcan solamente aquellas conductas que lesionan la norma y están desvaloradas penalmente"<sup>66</sup>.

HERZBERG desarrolla su propuesta en polémica con Jürgen WOLTER<sup>67</sup>, quien después de plantear algunos casos problemáticos (la entrega de pequeñas cantidades de cannabis para autoconsumo, el aborto en las dos primeras semanas de embarazo después del correspondiente asesoramiento, los daños diferidos, provocación de un delito por la policía y prolongación debida de la prisión provisional), llega a afirmar la dificultad de que ellos puedan ser resueltos mediante las categorías sistemáticas convencionales, llegando, por tanto, a fundamentar la solución de los casos en lo que denomina causas constitucionales de exclusión del injusto y de la punibilidad.

---

<sup>65</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 4, Lima, 2003, pp. 388 y ss.

<sup>66</sup>HERZBERG, Rolf Dietrich, "Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito pretípica", cit. en MIR PUIG-LUZÓN PEÑA (coord.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Me Graw Hill, Madrid, 1999, p. 39. En ese sentido también; ZAFFARONI Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. *Derecho penal. Parte genera.*, EDIAR. Buenos Aires. 2002., considerando; por su parte fue Herzberg quien utilizó por primera vez este principio como fundamento del concepto de acción que denomina "negativo" y que abarca por igual la comisión y la omisión al sostener "la acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante", pues para él no solo el autor de un hecho omisivo podía haber evitado el resultado típico con su intervención, sino que también podía haberlo evitado el autor de un hecho comisivo desistiendo de hacerlo. La posición de garante, que se elaboró para la omisión con el objeto de eludir la enorme amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica, se generaliza y extiende también a la actividad, entendiendo que cualquier persona actualiza su peligrosidad para bienes con un movimiento físico delictivo y, por ello, en función de una conducta precedente, asumiría la posición de garante. No obstante, el concepto así formulado deja fuera de su ámbito los tipos que no exigen la posición de garante, como es claro en las llamadas omisiones propias, que se reconocen como excluidas del concepto., cit., p. 286. BUSATO, Paulo César, *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., España, 2007., p. 29.

<sup>67</sup>Vid. WOLTER, Jürgen, "Las causas constitucionales de exclusión del tipo de injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en MIR PUIG-LUZÓN PEÑA (coord.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 1 y ss., *passim*.

## 7. EL PRINCIPIO DE ANALOGÍA CON LA ACCIÓN COMO BASE DE UN SISTEMA LÓGICO-FUNCIONAL

Construir el delito como acción, en contraposición sólo dialéctica a construirlo como imputación objetiva, supone concebir teóricamente, en el centro de la teoría del delito, un tipo de acción, respecto al que comprobar cómo los distintos supuestos de hecho en los que se cuestiona la aplicabilidad del derecho penal, cumplen con las características de la acción descrita típicamente. Entre esas características se encuentra siempre la de realización consciente de un acto en sentido naturalístico, aportada por el finalismo como presupuesto ontológico<sup>68</sup>. Sin ese acto no cabe imputación alguna en los delitos de comisión. Ahora bien, ello no quiere decir que la finalidad coincida con el dolo ni que esté ausente en la imprudencia.

Lo que ocurre en ambos casos es que, sobre la base de un acto consciente y causante de un resultado en los delitos comisivos de resultado, la imputación del resultado a título de dolo o imprudencia se realiza con criterios normativos, produciéndose aquí lo que algunos llaman ya normativización del dolo y su distinción de la imprudencia.

Esto, que se puede compartir, no quiere decir que se pueda prescindir del elemento subjetivo del delito, ni en el delito doloso ni en el imprudente, sino que antes bien estando presente el elemento subjetivo en ambos, elemento subjetivo constituido por la representación y voluntad de circunstancias concomitantes a la acción desarrollada que supone un peligro mayor o menor de producción del resultado, será con criterio normativo como se decida por el juez la imputación a título de mayor o menor gravedad, mayor o menor peligrosidad de la acción para el bien jurídico, en forma de delito doloso o imprudente.

Por eso, puede concebirse el tipo simple de delito comisivo de resultado a través de un tipo ideal que contempla la forma más clara y directa de dirigir la acción a la producción del resultado como criterio de referencia respecto al que los restantes casos de imputación a título de dolo e imprudencia, con las modulaciones expresas y tácitas que establezca el legislador, se construirán *por analogía*, cada vez menor y hacia abajo, con aquel modelo ideal<sup>69</sup>.

De esta manera, p. ej., de la misma forma que el caso más claro de delito de comisión lo era el de quien dirige la acción intencionalmente a producir el resultado, el caso más claro de imputación a título de omisión vendrá dado por aquel en el que el autor controla una fuente de peligro tan al detalle o debe proteger a una víctima tan indefensa, que puede hablarse de dominio de la causalidad, con la única diferencia de que mientras en el delito de comisión el autor desencadena la causalidad, en el de omisión no impide que se desencadene, o desencadenada, no la interrumpe inmediatamente. Y, al igual

---

<sup>68</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., ob., p. 19.

<sup>69</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 21.

que en el delito de comisión, también en el de omisión pueden construirse por analogía los casos menos graves que todavía fundamentan la imputación a título de omisión (incluida la omisión imprudente, enriquecida con los dogmas de la acción y la imprudencia).

## 8. TOMA DE POSTURA

Consideramos que todas las acciones deben tener como base la causalidad y en todas ellas podemos encontrar un fin perseguido por el autor, sin embargo, ambas posiciones no son suficientes para concebir el concepto jurídico penal de acción, por lo que debe ser complementada con lo que realmente le va a dar significación penal, esto es, la valoración social, entendida como forma de comunicación entre los sujetos.

En relación a la estructura del delito, se parte de la premisa que el proceso penal pretende regular conductas y determinar la responsabilidad penal del autor, por lo que el concepto de conducta humana se encuentra en el centro de la teoría del delito.

Así, la acción se constituiría en típica antijurídica y culpable. En suma, la doctrina dominante procura mantener el concepto de acción como base del sistema, ve en la acción a un supraconcepto<sup>70</sup> al que asigna una tarea primordial que consiste en hallar un mínimo de sentido jurídico-penal, antes del examen del tipo y de los restantes elementos del delito. Esta función ha de cumplirla en el marco de un modelo del sistema de carácter clasificatorio, esto es, aferrada al sistema de delito dominante, "que distingue entre tipicidad, injusto y culpabilidad, como niveles sustancialmente distintos" de la acción<sup>71</sup>.

### EXCURSO: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es habitual que en la doctrina nacional se sostenga que las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta<sup>72</sup>. Así, se sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico-penal tiene vigencia el principio *societas delinquere non potest*. Se considera que el principio de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable para admitir tal responsabilidad. Sea cual fuere la solución a adoptar, se señala que tendrá que respetarse los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad.

La falta de acción es uno de los argumentos centrales en los que se fundamenta dicha posición. Sin embargo, no es el único, pues además de la falta de acción se acude a la falta de culpabilidad como presupuesto necesario e imprescindible para la atribución de responsabilidad a los entes colectivos.

---

<sup>67</sup> HERZBERG, Rolf Dietrich, "Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito pretípica", cit. pp. 21 y ss.

<sup>71</sup>VOBGATTER GENANNT NIERMANN, Isabel, "Concepto social de acción e imputación objetiva", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 6 (2005), pp. 455 y s.

<sup>72</sup> Cfr. solamente HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, cit., p. 703, quien señala que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas corresponde al ámbito de la Política Criminal y, en general, a la política general del Estado.



Ahora bien, resulta evidente que la persona jurídica no realiza conductas humanas, sin embargo, desde una perspectiva político-criminal el Derecho penal no puede ser extraño a las infracciones que se cometen en el ejercicio de las actividades de las personas jurídicas. No es posible equiparar la supuesta "voluntad" de dicho ente, con la voluntad humana. Por lo tanto, la misma naturaleza de la persona jurídica excluiría la existencia de una responsabilidad penal.

Sólo pueden ser objeto de imputación las actuaciones de los administradores o representantes de las personas jurídicas en los denominados delitos comunes (delitos de dominio), o en los delitos especiales (de infracción de deber), en los que el tipo penal exige ciertas calidades en el sujeto activo que solo pueden recaer en la misma persona jurídica, quedando, por lo tanto, un vacío respecto del que actuó en representación de la persona jurídica. En este supuesto se acude a la fórmula del actuar en lugar de otro, ' previsto en el artículo 27° del Código penal vigente<sup>73</sup>.

## **B: IMPUTACIÓN**

"En el conocimiento de los fenómenos jurídicos, la *imputación* es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante (Smith)<sup>74</sup>. Este concepto justifilosófico, ofrece importancia en el Derecho Penal por cuanto significa la atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción penal sancionable. De ahí que algunos autores afirmen que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable (Jiménez de Asúa)".<sup>75</sup>

Imputar significa, "poner en la cuenta de un sujeto algo objetivo" afirmaba BERNER hace más de un siglo y medio. En la concepción de BERNER y de otros hegelianos la imputación se agotaba en la determinación de una acción, es decir en la comprobación de que lo ocurrido era querido por el sujeto: "El concepto de acción agota toda la esencia de la imputación. Por lo tanto podemos decir simplemente: la imputación consiste en un juicio que afirma la existencia de una acción real"<sup>76</sup>.

La raíz kantiana de estas nociones es innegable. En la introducción a su *Metafísica de las Costumbres*, dice KANT: "Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio mediante el cual alguien es visto como autor (causa libera) de una acción, que entonces se denominaba hecho (*factum*) y está bajo las leyes".<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, Ara, Lima, 2003, p. 87, *passim*

<sup>74</sup> SMITH citado por OSSORIO y FLORIT; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984, p. 368.

<sup>75</sup> JIMÉNEZ DE ASUA citado por OSSORIO y FLORIT; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, cit., p. 368.

<sup>76</sup> BERNER citado por BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal*, P. G., cit, p. 191.

<sup>77</sup> KANT citado por BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal*, P. G., cit., p. 191.

El término "imputación" después de haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de von Liszt. La reorientación del significado valorativo de los conceptos jurídicos penales que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales, no logró desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que desde los años setenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico penal.<sup>78</sup>

No obstante que este resurgimiento empezó con la teoría de la "imputación objetiva", continuó con la utilización de las expresiones "imputación subjetiva" e "imputación individual" o "imputación personal". Se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos), y se emplea la expresión "imputación personal" en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término "culpabilidad".

Lo que tienen de común todos estos usos de la palabra "imputación" es que expresan requisitos necesarios para poder atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la relación que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro, con el autor de un delito.<sup>79</sup>

Los tres niveles de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas, que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho, que proscribela "culpabilidad por el carácter" y el llamado "Derecho penal del autor", el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal.

La imputación objetiva añade otro aspecto más del principio de culpabilidad al exigir para todo delito, también para los dolosos, la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos, y ofrece criterios que ayudan a delimitar mejor esta relación de riesgo. Ello tiene que ver con la culpabilidad en el sentido de que

---

<sup>78</sup> MIR PUIG, Santiago; "Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 03, Lima, 2002, pp. 246, 247.

<sup>79</sup> MIR PUIG, Santiago; *Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., pp. 256, 257.

condiciona la posibilidad de "culpar" a una persona prudente de la causación del resultado típico.<sup>80</sup>

MUÑOZ CONDE señala, "hoy en día existe unanimidad en la Dogmática jurídico-penal en que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción". "De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido".<sup>81</sup>

Según LESCH, "en la capacidad de imputación se trata la cuestión de si el autor es competente para expresar un sentido penalmente relevante. Esta competencia no es un *factum* interno, sino el resultado de una atribución que abarca (de *lege lata*) el carácter del sujeto de la imputación como persona natural, así como su capacidad intelectual y física para cumplir la norma, esto es, el libre albedrío o la capacidad abstracta de acción, la capacidad de culpabilidad, así como la cognoscibilidad de la pretensión de vigencia de la norma general en la concreta situación fáctica".<sup>82</sup>

GARCÍA CAVERO considera, "en el primer escalón del proceso de imputación penal se encuentra la imputación penal del hecho, la cual, a su vez, se compone de una imputación objetiva y una imputación subjetiva. En el mismo nivel deben tenerse en cuenta también las llamadas estructuras de descargo de la imputación penal, que se encuentran ya sistematizadas por la doctrina penal en la forma de causas de justificación. Las estructuras de descargo llevan a cabo no más que un mayor grado de concreción de la imputación con ayuda de la cual se excluye la imputación afirmada en un nivel más general.

En principio, toda imputación puede concretar mucho más las circunstancias del hecho, pero solamente determinadas estructuras socialmente reconocidas permiten un descargo de la imputación. En un segundo nivel se encuentra la culpabilidad o también llamada imputación personal, donde se determina si la persona concreta aparece como titular del estatus de ciudadano y, por tanto, como portadora de un rol penalmente relevante. Si a la persona incurso en un proceso de imputación penal no puede atribuírsele tal estatus, una imputación penal debe decaer completamente, pues tal persona no puede expresar un hecho con sentido jurídico-penal. Los roles atribuidos a un ciudadano solamente pueden exigirse a personas responsables, es decir, a aquellas que pueden expresar socialmente libertad".<sup>83</sup>

En todos los casos de imputación objetiva se procede a una acotación de la tipicidad válida. Por eso se puede proceder a abordar el concepto de injusto

---

<sup>80</sup> MIR PUIG, Santiago; Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal, cit., pp. 257, 258.

<sup>81</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. P. G.*, cit., pp. 258, 259.

<sup>82</sup> LESCH, Heiko Hartmut; "Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal", Seminario Hispano-alemán *Cuestiones fundamentales del Derecho penal actual*, Barcelona, 1999, p. 260.

<sup>83</sup> GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico, Parte General*, Ara, Lima, 2003, pp. 278, 279.

penal por esa vía. Lo que sin embargo no está ya tan claro es que, de la misma forma que en la consideración *naturalística* no se puede analizar la causalidad o tipo objetivo separado del tipo subjetivo o dolo, dado que ambos forman una unidad inescindible, se pueda concebir la imputación objetiva sin asignar papel alguno a los *conocimientos subjetivos*, o, simplemente, tenerlos en cuenta; ni que, como consecuencia de lo anterior, se pueda prescindir de la perspectiva del autor<sup>84</sup>.

Podemos concluir que la definición de imputación, entendida como atribución de responsabilidad penal, cuyo presupuesto es la "capacidad de culpabilidad", requiere lo siguiente: la capacidad de comprensión de los hechos, de su significación contraria a Derecho, así como la capacidad de acomodación de la conducta a dicha comprensión. En otras palabras, se requiere de una triple capacidad, cognoscitiva -de conocimiento-de los hechos, valorativa -de valoración de los mismos como contrarios a Derecho- y voluntativa -de orientación del comportamiento conforme a la anterior valoración de los hechos, esto es, conforme a la norma-.

## 1. LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Situados en la perspectiva del ordenamiento jurídico, es evidente que sus fines deben concebirse conforme a lo que quiere la doctrina de la *imputación objetiva*. Contenido de los tipos penales es, inicialmente, la creación de determinado peligro para el bien jurídico. Qué peligro sea prohibido, con exclusión de los restantes, que por experiencia general acechan en cuanto el hombre emprende, es una cuestión *normativa*, ciertamente, cuya delimitación constituye el objetivo principal de la interpretación del derecho penal. De ahí el éxito, desde los años sesenta del pasado siglo, de la doctrina de la imputación objetiva, que se ha esmerado en construir principios que permitan acotar normativamente y de forma objetiva el ámbito de los tipos delictivos del CP<sup>85</sup>.

Puede considerarse ya doctrina asumida el hecho de que conforme a la teoría general de la imputación objetiva ni los riesgos más generales de la vida ni los permitidos en función de que sirven a un fin reconocido por el derecho, pueden fundamentar una responsabilidad penal, como evidencia el ejemplo canónico del sobrino que invita a su acaudalado tío a viajar en avión con la esperanza de que se estrelle. Como asimismo es aceptado que la disponibilidad sobre los propios bienes puede llevar a excluir al tercero de la imputación, pese a causar

---

<sup>84</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., añadiendo; Puede considerarse ya doctrina asumida el hecho de que conforme a la teoría general de la imputación objetiva ni los riesgos más generales de la vida ni los permitidos en función de que sirven a un fin reconocido por el derecho, pueden fundamentar una responsabilidad penal, como evidencia el ejemplo canónico del sobrino que invita a su acaudalado tío a viajar en avión con la esperanza de que se estrelle. Como asimismo es aceptado que la disponibilidad sobre los propios bienes puede llevar a excluir al tercero de la imputación, pese a causar la lesión del bien jurídico, dado que otra cosa podría suponer una merma de la libertad. De ahí que no pueda verse un homicidio en la ayuda al suicida o en la cooperación con quien asume un riesgo elevado de muerte por propia voluntad. De ahí también la problemática de la prohibición de regreso.

<sup>85</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 2.

la lesión del bien jurídico, dado que otra cosa podría suponer una merma de la libertad. De ahí que no pueda verse un homicidio en la ayuda al suicida o en la cooperación con quien asume un riesgo elevado de muerte por propia voluntad. De ahí también la problemática de la prohibición de regreso.

En todos los casos de imputación objetiva se procede a una acotación de la tipicidad válida. Por eso se puede proceder a abordar el concepto de injusto penal por esa vía. Lo que sin embargo no está ya tan claro es que, de la misma forma que en la consideración *naturalística* no se puede analizar la causalidad o tipo objetivo separado del tipo subjetivo o dolo, dado que ambos forman una unidad inescindible, se pueda concebir la imputación objetiva sin asignar papel alguno a los *conocimientos subjetivos*, o, simplemente, tenerlos en cuenta; ni que, como consecuencia de lo anterior, se pueda prescindir de la perspectiva del autor<sup>86</sup>.

## 2. LA PERSPECTIVA DEL AUTOR.

Desde la perspectiva del autor, el ordenamiento jurídico, sin perder la objetividad que le caracteriza, no puede pensarse del mismo modo que desde la perspectiva objetiva anterior. Siendo precisamente esta circunstancia la que sin duda determinó la eclosión de la doctrina finalista frente al causalismo en la época del *naturalismo*. Lo que ocurre ahora en la época del *normativismo*, es que, sin caer en el naturalismo, debe partirse de la premisa según la cual el destinatario de la norma jurídica sólo puede motivarse a respetarla de una determinada manera que no prescinda de las características del comportamiento humano, como el acto psíquico, que pueden parecer una secuela a superar por parte del puro normativismo, empeñado en no tener en cuenta esa exigencia<sup>87</sup>.

Precisamente para salvar este escollo, respecto al que FRISCH ha hecho un primer intento válido, aunque fallido, puede ser útil repensar el finalismo prescindiendo del planteamiento ontológico que siempre le ha caracterizado, pero sin renunciar a lo que aquí hemos llamado la *perspectiva del autor*<sup>88</sup>.

En efecto, no se trata de que p. ej. la regulación del homicidio deba respetar una estructura dada previamente. La protección de la vida humana, como evidencian las regulaciones positivas, se basa en criterios puramente normativos, que buscan el fin de optimizar la prevención. Incluso, a quién imputar una muerte a título de mayor responsabilidad o menor, cuando han intervenido en un delito contra la vida una pluralidad de personas, es una cuestión axiológica, dado que el legislador bien puede equiparar valorativamente formas distintas de atentar contra el mismo bien jurídico. Lo contrario, esto es, deducir de una estructura previa a lo jurídico la regulación del homicidio, no puede ser la pretensión de un enfoque dogmático en derecho

---

<sup>86</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 3.

<sup>87</sup> *Ibidem.*, p. 3

<sup>88</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 3

penal. Aspecto éste en el que el finalismo debe asumir las críticas recibidas, cuanto menos por su ambigüedad.

Como censura merece, también, por el otro extremo, rechazar de plano lo que no deja de ser un enfoque metódico, el finalista, con diversas corrientes dentro de él y con rédito histórico, al objeto de abrir camino a una teoría del delito concebida en clave puramente objetivista que permita desentenderse por completo de la perspectiva del autor. Lo que debe hacerse es pues recuperar una aportación que fue decisiva en su día, en la época del naturalismo, y que puede constituir magnífico contrapunto a una doctrina normativa de la imputación objetiva en peligro constante de desarraigo de la realidad por prescindir del sujeto.

Lo que sí necesita una teoría del delito que aúne la perspectiva inicial del ordenamiento jurídico con la perspectiva del autor, necesaria para que el ordenamiento jurídico pueda cumplir su fin preventivo de la lesión de bienes jurídicos y de pedagogía penal, es atravesar la materia de la tipicidad, que acota con criterios normativos, con su consideración a la luz de las representaciones subjetivas del autor en el momento de actuar sobre la situación en la que el ordenamiento jurídico prescribe hacerlo de una determinada manera<sup>89</sup>.

Siendo en ese aspecto, al objeto de ayudar al intérprete, en el que categorías del comportamiento humano introducidas en el derecho penal para sus fines, pueden y deben ser tenidas en cuenta de cara a no hacer una aplicación del derecho penal que fuerce la realidad. De ahí la fecundidad e importancia decisiva que puede tener incorporar la idea de finalidad, entendida como dominio de la causalidad, a la doctrina de la imputación objetiva. De esta manera, volviendo al tipo delictivo de homicidio, en cuya configuración el legislador es bien libre, lo que en cualquier caso está claro es que la mejor forma de representarnos lo que es un homicidio, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y desde la perspectiva del autor, es pensar en un sujeto que dispara a escasa distancia de otra persona viva dirigiendo el disparo a la cabeza; es decir, mediante la intencionalidad<sup>90</sup>.

Es cierto que la imputación penal no se reduce a casos tan claros y simples. Pero por muy complejo y apartado del caso simple que sea el caso a decidir en última instancia con criterio normativo, siempre será un caso que, para justificar la imputación con criterio normativo, deberá superar la prueba de la *imputación desde la perspectiva del autor*, en la que siempre hay un mínimo de intencionalidad, sin duda un resto importante de la concepción final que es imprescindible también en la fase de normativización actual.

### 3. FORMAS DE IMPUTACIÓN.

---

<sup>89</sup> Ibidem., p.3.

<sup>90</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 4.

Como se ha indicado, en la imputación podemos distinguir varias formas, como son: la imputación objetiva, la imputación subjetiva e imputación individual o imputación personal.

GUNTER JAKOBS considera que "La posición dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva el primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", es evidente que la pelota está en su tejado. En ese sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva "no se detiene ante circunstancias subjetivas" o que el homicidio, las lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es "algo objetivo" no parece más que una finta para salir del paso"<sup>91</sup>.

#### 4. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

A principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas, entre ellos, Sauer (1912,1921), Radbruch (1904) o Engisch (1930,1931) a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito, no porque no fueran *causados* por la conducta del autor, contra lo que sostenía la teoría de la causalidad adecuada, sino por la imposibilidad de *desvalorar jurídico-penalmente* tales procesos, por lo que en ellos faltaba era su antijuricidad o incluso su propia tipicidad, llevando a Mezger a formular su "teoría de la relevancia". El concepto de "imputación objetiva" nace en este clima, en 1927, por obra de un civilista hegeliano, Larenz, y en 1930 y 1936, Honig y Helmuth Mayer correspondientemente, lo propusieron para el Derecho Penal, no como un elemento del injusto, sino como una exigencia del concepto previo de la acción.

LARENZ ideó el concepto de imputación objetiva para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar.<sup>92</sup>

HONIG "formuló por primera vez la teoría de la imputación objetiva del resultado a partir de la llamada "susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin", lo hizo como una idea complementaria a la causalidad en los delitos de resultado".<sup>93</sup>

MIR PUIG afirma que, los primeros penalistas que desarrollaron el concepto para el Derecho Penal no solo exigieron para la imputación objetiva la creación de un determinado *grado de riesgo*, sino que dicho riesgo no fuera *permitido*. Ello llevó a negar la imputación objetiva en casos en que el resultado producido

---

<sup>91</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva", en YACOBUCCI, Guillermo Jorge (director), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005, pp. 223, 224.

<sup>92</sup> LARENZ, citado por MIR PUIG, Santiago; "Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal", cit, p. 255.

<sup>93</sup> HONIG citado por GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico. Parte General*, ob. cit., p. 400.

no era imprevisible, pero ha sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil. Con ello se da un paso importante en la ampliación del alcance de la teoría de la imputación objetiva: esta se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea, que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo o utilidad social). Esta plantea una cuestión *cualitativamente* distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como obra suya. Por esta vía se abre el camino a la tendencia actual a equiparar la imputación objetiva a toda la imputación de la parte objetiva del tipo.<sup>94</sup>

En este ambiente cultural de superación del naturalismo y apelación al sentido valorativo surgió el finalismo de WELZEL, acentuando el papel fundamental de lo que denominó "estructuras lógico-objetivas" atribuyendo a dos pilares básicos la concepción del delito: la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad, como poder actuar de otro modo. Sobre la primera edificó el injusto y sobre la segunda, la culpabilidad. Esta fundamentación trasladó el debate sobre los límites del pensamiento causalista a este terreno de la acción. Autores partidarios de superar el naturalismo desde una visión valorativa de la antijuricidad, pero contrarios a aquel concepto final lo enfrentaron con otro concepto de acción, el concepto social de acción, lo cual retrasó el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

Posteriormente, en 1970 un autor de raíces neokantianas, ROXIN, siguiendo el planteamiento propuesto en 1930 por HONIG, desarrolló y difundió la imputación objetiva. Según SCHÜNEMANN, discípulo de ROXIN, la orientación teleológica o funcional que ROXIN inició y que ha caracterizado la doctrina penal desde hace treinta años, "se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un *desarrollo ulterior del neokantismo*."

En la concepción de ROXIN la teoría de la imputación objetiva se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo, refiere dicho autor que "a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se le denomina imputación al tipo objetivo."<sup>95</sup> "La imputación al tipo objetivo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor."

En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el

---

<sup>94</sup> MIR PUIG, Santiago; *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 03, ob. cit, pp. 255 y 256. (con mayores referencias bibliográficas).

<sup>95</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ob. cit, p. 305.



sentido de la ley. Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado, Si por ejemplo no se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede aceptar que el fabricante del medicamento haya lesionado a un paciente. En consecuencia la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado"<sup>96</sup>. La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo.<sup>97</sup>

Para este autor, "la doctrina de la imputación objetiva interpreta la acción típica, delimitando los distintos ámbitos de responsabilidad, como realización de un riesgo no permitido. Con ello proporciona un parámetro de interpretación que se orienta de manera inmediata en el injusto material, en la insoportable dañosidad social de la conducta del autor"<sup>98</sup>. "La delimitación del riesgo no permitido de aquel que si está permitido constituye, en última instancia, una decisión normativa. Pero ella solamente puede ocurrir sobre la base de amplios conocimientos empíricos sobre los sucesos del tráfico rodado. De este modo, a través de la imputación objetiva penetra en el Derecho Penal todo el empirismo relevante de los riesgos. Naturalmente esto no solamente rige para el tráfico rodado: los resultados de la investigación de medicamentos, de la química de alimentos, todo nuestro conocimiento sobre el potencial dañoso de riesgos industriales, técnicos y otros; todo esto se vuelve importante, de manera inmediata, para el cumplimiento del tipo. Según ello, la imputación objetiva, que constituye la columna vertebral del injusto penal, es una política criminal que trabaja sobre una base empírica, pondera intereses de seguridad y de libertad, y ha sido vertida en conceptos jurídicos"<sup>99</sup>

BRAMONT ARIAS TORRES, seguidor de Roxin señala que existe Imputación objetiva "cuando la conducta realizada por el sujeto crea un riesgo no permitido o aumenta uno ya existente -aceptado- más allá de los límites permitidos y como consecuencia ocasiona un resultado que está dentro del ámbito de

---

<sup>96</sup> ROXIN CLAUS *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ob. cit, pp. 345, 346.

<sup>97</sup> ROXIN CLAUS *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ob. cit., p. 373.

<sup>98</sup> ROXIN CLAUS, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, Trad. Manuel Abanto Vásquez, Ara, Lima, 2004, p. 64. No obstante; JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Libro Homenaje a HANZ WENZEL. Prologo y Presentación de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. 1998; considera, La imputabilidad objetiva, tratada hasta aquí, no fundamenta por sí sola una responsabilidad penal, antes bien, ella establece sólo la competencia para responder por un suceso, de entre varias personas -un autor potencial, una víctima, un tercero, o bien, a falta de competencia de todas las partes, sólo quedará el "infortunio" como posibilidad de explicación-. Esta competencia fundamenta la expectativa de que la persona respectiva administrara su ámbito conforme al orden, y, ciertamente, y de ello se trata aquí, bajo el presupuesto de que existan las capacidades necesarias., cit., p. 47.

<sup>99</sup> ROXIN CLAUS, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ob. cit. p. 65

protección de la norma. La imputación objetiva requiere de: que la acción humana produzca un riesgo o lo aumente más allá de lo permitido por la ley, es decir, debe ser desaprobado legalmente. El riesgo debe haberse realizado en el resultado. Debe estar dentro del ámbito de protección de la norma<sup>100</sup>

Por otra parte, otro sector, de la doctrina penal, cuyo representante preponderante es FRISCH considera que "el Derecho Penal reacciona ante injustos entendidos como desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento. No obstante, esta cualidad del **injusto no determina aun el merecimiento y la necesidad de pena**, sino que tal cuestión depende de criterios racionales y de justicia, e incluso, en algunos casos, de formulas de consenso.

Hay que precisar, sin embargo, que los criterios de merecimiento y necesidad de pena de un injusto culpable no constituyen una categoría adicional de adecuación de la pena, sino, más bien, presupuestos del tipo penal. De esta manera, el tipo penal se convierte en el resultado de una ponderación entre la restricción de la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos que permiten determinar las conductas penalmente desaprobadas. Los elementos de esa ponderación no forman parte de la tipicidad".<sup>101</sup>

FRISCH pone la llamada "conducta típica" en el centro de su comprensión de la tipicidad. Esta conducta típica se corresponde de alguna manera con el nivel de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de la teoría de la imputación objetiva defendida por la teoría dominante, pero para Frisch se trata de un aspecto independiente que no constituye un presupuesto de la imputación. La imputación objetiva se limita solamente a comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado creado por el autor. Las perspectivas de análisis en cada uno de estos aspectos son distintas: mientras en la conducta típica se realiza una determinación ex ante, en la realización del resultado tienen lugar una determinación ex post.<sup>102</sup>

Finalmente, la fundamentación hegeliana volvió a reaparecer con fuerza en las obras de Jakobs y de su discípulo Lesch, siendo el primero quien llama la atención sobre la teoría de la adecuación social de Welzel como precedente de la imputación objetiva.

Uno de los desarrollos más coherentes y elaborados de la doctrina de la imputación objetiva de la ciencia penal ha sido, y así es reconocido por todos, el de Günther JAKOBS. De tal manera que, con todos los matices de una teoría

---

<sup>100</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 147.

<sup>101</sup> FRISCH, *vid. con detalle " Straftat und Straftatsystem"* en *Straftat, Strafzumessung und StraforzeB im gesamtek Strafrechtssystem*, WOLTER-FREUND (Hrsg), Heidelberg, 1996, p. 141 y ss. (cit. *Straftat*, Wolterl Freund (Hrsg) citado por GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p. 404.

<sup>102</sup> FRISCH, *vid con detalle " Straftat und Straftatsystem"* en *Straftat, Strafzumessung und StraforzeB im gesamtek Strafrechtssystem*, Wotterlfreund (Hrsg), Heidelberg, 1996, p. 141 y ss (cit. *Straftat*, WOLTER-FREUND (Hrsg) citado por GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., pp. 405.

viva y en desarrollo todavía, la exposición de este autor puede valer como muestra de sus aspectos más consolidados. Formulada en unos términos muy elementales, la teoría viene a decir: Al objeto de facilitar los contactos sociales, y dado que si todos tuvieran que cuidar de todo la vida social se paralizaría, el derecho penal tiene que establecer normativamente cuándo es el primer caso, esto es, qué acontecimientos en los que el sujeto interviene le son imputados.

La forma de hacerlo es considerar al sujeto no como individuo, sino como portador de un rol, p. ej., el de panadero, que le permite ver al comprador del pan como un consumidor de esa sustancia y no como un posible envenenador, al tiempo que le permite al comprador del pan ver al panadero como suministrador de ese producto y no como posible defraudador de hacienda. Sólo de lo que el ordenamiento jurídico espera del sujeto como portador del rol asignado, con independencia de lo que como individuo sepa y quiera, se responde, en el ejemplo del panadero del comportamiento estándar de un panadero, y nada más. A esta selección de acontecimientos hecha con criterios normativos de lo que causalmente acontece y el sujeto puede conocer la denomina JAKOBS *imputación objetiva*<sup>103</sup>.

Para JAKOBS "El tratamiento de la imputación objetiva se genera habitualmente una separación en dos ámbitos de problemas. En el primero, se trata de separar el comportamiento no permitido, es decir, el quebrantamiento del rol de un ciudadano fiel al derecho, del comportamiento permitido, esto es, aquel comportamiento que es acorde al rol del ciudadano. En ese ámbito han de tratarse el riesgo permitido y el principio de confianza, además las acciones a propio riesgo de la víctima, las reglas aplicables en caso de participación, es decir, la prohibición de regreso, y en general, todas las determinaciones de los ámbitos de responsabilidad, incluyendo las posiciones de garantía"<sup>104</sup>. "Queda esbozado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, a cuatro instituciones jurídicas penales:

- 1) riesgo permitido,
- 2) principio de confianza,
- 3) prohibición de regreso y
- 4) competencia de la víctima.

En este marco, en el que tan sólo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si sólo son relevantes las cuatro instituciones mencionadas o si, por el contrario, sería más conveniente fragmentarlas más, al igual que queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle, En todo caso, los fundamentos del edificio de la imputación objetiva quedan delimitados".<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 4

<sup>104</sup> JAKOBS, Gunther; *La Imputación objetiva en el derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, reimpresión de la 1ª edición peruana, Grijley, Lima, 2001, p. 95.

<sup>105</sup> JAKOBS, Gunther; *La Imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 35.

A su vez, si lo relevante es el rol o posición en que el ordenamiento jurídico coloca al sujeto, pasará también a un segundo plano, como ocurriría con la causalidad y el dolo entendidos naturalísticamente frente a la *imputación objetiva*, si la defraudación del sujeto en el rol impuesto por el ordenamiento jurídico se ha producido por *acción* u *omisión*, que resultan equiparadas a través del concepto acuñado por JAKOBS de *competencia por organización*, según el cual tan imputable es el daño producido por el sujeto mediante un comportamiento activo como el producido porque no ha atajado peligro originado en su esfera de organización, de la que debe cuidar. Tan responsable de homicidio imprudente es el conductor que cambió de marcha y a mayor velocidad atropelló a un peatón como el que omitió frenar conduciendo un coche automático<sup>106</sup>.

Aunque la doctrina de la imputación objetiva irrumpe en derecho penal para configurar el tipo de injusto de manera puramente objetiva (de ahí su nombre), sin consideración alguna de elementos subjetivos que puedan ser decisivos a la hora de configurarlo, dado que elementos de esa naturaleza, por ir referidos al psiquismo humano, pecarían de un naturalismo incompatible con la esencia puramente normativa de lo jurídico, bueno es ver cómo concibe un autor que auspicia configurar de manera netamente objetiva el injusto el tipo subjetivo del delito, superpuesto después al injusto objetivo, a efectos de la pertinente imputación subjetiva característica del derecho penal. En efecto, según JAKOBS, acotado normativamente, con criterios de imputación objetiva, aquello de lo que responder penalmente, para la correlativa imputación subjetiva, requisito de un derecho penal basado en la culpabilidad y no en la responsabilidad por el resultado, es suficiente con la exigencia de la *evitabilidad*, siendo innecesario el criterio que también tiene en cuenta el legislador como residuo naturalístico (psicológico en este caso) del dolo. Lo que el autor se haya representado o querido, es irrelevante para la imputación.

A esos efectos, lo único relevante es la evitabilidad, que permite equiparar, cosa que el derecho positivo no hace, la responsabilidad de quien por haber sido consciente se representó el alto peligro que creaba a la de quien por su carácter desaprensivo ni siquiera fue consciente ni se representó el peligro creado. De este razonamiento, extrae JAKOBS la conclusión de que, de la misma forma que el error de prohibición se determina con los criterios de evitabilidad o inevitabilidad, habría de procederse también con el error sobre el tipo<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006).

<sup>107</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p. 4-5., precisando además; A efectos de ilustrar las posibilidades de la doctrina de la imputación objetiva, en un terreno propicio para ello y que el propio JAKOBS ha abordado ya con gran originalidad, vale la pena exponer su vía de superación normativista de la doctrina del dominio del hecho reinante (en Alemania) hasta la fecha en la materia. Según JAKOBS, autor del delito no es quien domina el hecho, convirtiéndose en mero partícipe a quien no lo domina... El de dominio del hecho es también un concepto demasiado teñido de naturalismo, siendo así que todos los conceptos penales son conceptos normativos. Autor del delito, con mejor criterio, lo es quien ha sido colocado por el ordenamiento jurídico ante el deber de evitar la lesión del bien jurídico. De ahí que sea autor del delito medioambiental el ingeniero que no evitó el vertido de aguas contaminadas y no lo sea el obrero que abrió la compuerta aún sabiendo el estado de

El ataque frontal más directo a la doctrina de la imputación objetiva ha provenido del finalismo, y, más concretamente, dentro del finalismo, en lo referente a un aspecto conceptual tan relevante de la nueva doctrina de la imputación objetiva como el de su relación, como aspecto esencial del tipo objetivo, con el tipo subjetivo del delito.

En este sentido, ya Armin KAUFMANN, y, después, siguiéndole, Eberhard STRUENSEE, han cuestionado la posibilidad de acotar el tipo, es decir, configurar el injusto, de manera puramente objetiva, sin tener en cuenta los conocimientos generales y especiales del autor; que serían decisivos y resolverían muchas veces los problemas que quiere resolver la doctrina de la imputación objetiva en sede del tipo objetivo. Ejemplo de STRUENSEE: Que la muerte del púgil esté amparada en el riesgo permitido presupone que ni su otro contrincante, ni los organizadores, etc., conociesen su grave enfermedad, pues, en otro caso, la muerte no habría estado amparada en el riesgo permitido y habría habido responsabilidad al menos a título de imprudencia. En el delito doloso, incluso, donde el autor, *ex definitone*, conoce que realiza el comportamiento típico (en el sentido de descrito en el tipo), no cabe recortar después, con criterios de imputación objetiva (que el comportamiento además de típico, en sentido de descrito en un tipo del CP, haya creado un peligro de los que el legislador ha querido atajar con el criterio material del “fin de la norma”), el tipo objetivo. Siendo ésta la tesis fundamental de KAUFMANN cuando dijo que manipular conscientemente una pistola en la dirección en que se encuentra un hombre es ya conducta suficientemente peligrosa sin necesidad de añadir criterio alguno de imputación objetiva<sup>108</sup>.

Los defensores de la doctrina de la imputación objetiva han rechazado estas objeciones de fondo, aunque haya autores incardinados en sus filas que admiten la relevancia de los conocimientos especiales del autor como criterio, un criterio más, de imputación objetiva, reconociendo de camino que no todo es objetivo en la teoría defendida, no dudando de tributarle el mérito que le corresponde en esa incorporación a KAUFMANN y STRUENSEE.

Pero, desde luego, a lo que se niegan es a otorgar el primado en la configuración del injusto al elemento subjetivo, ni siquiera concibiéndolo como dirigido directamente al elemento objetivo. Ese primado corresponde al elemento objetivo, pues los fines del derecho penal y la concepción hegemónica en la dogmática penal evidencian que se puede y debe configurar inicial y autónomamente el injusto, también el penal, objetivamente. Sólo después, conforme a fines también, se añade el elemento subjetivo, por cierto que muy relativizado en los últimos tiempos, hasta el punto de que autores,

---

las aguas vertidas. En la autoría mediata, que no se distingue en nada de la autoría directa, la autoría se basa en la competencia organizativa que corresponde en exclusiva al autor mediato. En la coautoría, la autoría corresponde a quien contribuye decisivamente al hecho, haya actuado o no en la ejecución: la obra de teatro es también la obra del director. Cuándo la contribución ha sido decisiva: y entonces coautoría, y cuándo no: y entonces participación, inducción o complicidad, es una cuestión cuantitativa. No hay, pues, diferencias conceptual, y menos una basada en criterios ontológico-naturalísticos, entre la autoría y la participación, y sí sólo de grado (basado en el dominio del hecho), p. 5-6.

<sup>108</sup> Ibidem., p. 6

como el propio JAKOBS, ya empiezan a hablar de prescindir del elemento subjetivo, conformándose con la idea de evitabilidad, rechazando expresamente la perspectiva del autor<sup>109</sup>.

En efecto, una de las tesis predilectas de JAKOBS para ilustrar su concepción funcionalista del injusto pretende ser también la prueba contundente para quitar toda relevancia a los conocimientos especiales del autor. Dice JAKOBS al respecto: El peón que ha preparado mal la mezcla, siguiendo instrucciones erróneas del maestro de obra, a pesar de saberlo por sus estudios invernales de ingeniería, no es autor del daño ocasionado al constructor, pues lo relevante no son los conocimientos sino la competencia, y la competencia no era del peón sino del maestro de obra. Se puede, pues, disponer de conocimientos especiales decisivos, y, pese a ello, no realizar el tipo delictivo<sup>110</sup>.

GARCÍA CAVERO, se encuentra de acuerdo con la tesis de la imputación objetiva propuesta por JAKOBS y señala que "la determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado. La imputación del comportamiento determina que un comportamiento lesivo pueda imputarse como infracción de su rol como ciudadano".<sup>111</sup> "La imputación objetiva del resultado, tiene su punto de partida en la existencia previa de una imputación del comportamiento. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación

---

<sup>109</sup> CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, RECPC 08-01 (2006)., p 7

<sup>110</sup> Ibidem., p. 9; cabe destacar la observación que realiza el autor, al precisar; Dejando de momento aparcado el arduo problema del caso, por emplear la terminología de JAKOBS, del agente que tiene los conocimientos relevantes para la evitación de la lesión del bien jurídico pero carece de la competencia organizativa para ello, la pregunta ahora es más bien esta otra: ¿Qué relevancia tienen, si es que tienen alguna, los conocimientos (y no conocimientos) generales y especiales del agente que sí es competente? Esta es la pregunta que KAUFMANN y STRUENSEE se formulaban, para responder que esos conocimientos (o desconocimientos) son decisivos, porque si el autor a pesar de darse objetivamente la situación que obliga a actuar de una determinada manera la desconocía, da lugar a una profunda alteración del título de imputación, como evidencia el error sobre el tipo en los delitos dolosos... Cabe pues introducir en el tipo objetivo criterios de imputación objetiva que permitan recortar la tipicidad, sobre todo, aunque no sólo allí, en el delito imprudente... Cabe, incluso, hacerlo de forma autónoma, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y prescindiendo de la perspectiva del autor. Pero lo que no cabe negar, de ahí, y sólo en ese aspecto, es que el elemento subjetivo, según que haya sido uno u otro, será determinante de que lo que al autor se le impute sea el tipo objetivo que se representó el autor, y no el que no se representó, pese a darse sus circunstancias objetivas configurantes, precisamente porque el autor no se las representó... La cuestión es que algunos autores, consideran que los conocimientos especiales del autor no pertenecen al tipo subjetivo, sino al tipo objetivo, con lo cual se seguiría pudiendo prescindir del elemento subjetivo en la configuración del injusto penal, que es, más allá de la consagración de la doctrina de la imputación objetiva, la idea fija de los detractores de la doctrina del injusto personal... Y lo que desde luego está claro es la repuesta de JAKOBS a la pregunta sobre la relevancia de los conocimientos especiales del agente que sí es competente: En el tipo, a construir con criterios exclusivos de imputación objetiva, ninguna; relegados al tipo subjetivo o culpabilidad, quizá puedan modular la responsabilidad. Adviértanse, pues dos cosas: 1º. Que JAKOBS logra definir objetivamente el injusto. 2. Que relega pero no prescinde (a veces, incluso, acude a ellos) de los conocimientos subjetivos. Con lo que la cuestión sigue en pie: ¿Es esa la mejor manera de ubicar los elementos objetivos y subjetivos?., cit., pp. 6. a 15.

<sup>111</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, ob. cit., p. 408.

objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos.<sup>112</sup>

LESCH, señala que "si se considera que lo relevante es el autor en tanto que persona, lo que interesa no son los hechos psíquicos sino la relación normativa de la voluntad con el hecho, es decir, el incumplimiento de un deber o una lesión del deber es lo que se llama imputación objetiva"<sup>113</sup>.

En realidad, hay algo en común en los orígenes teóricos del concepto de imputación objetiva: tanto el neokantismo, como el regreso a Hegel, y como la filosofía fenomenológica de Husserl, fueron manifestaciones que se producen en un mismo espacio, la Europa Continental, y en una misma época, la primera mitad del siglo XX, que reacciona al naturalismo positivista y reclama un regreso a la filosofía. Por encima de sus diferencias, todas las direcciones indicadas coinciden en pretender ir más allá de la descripción científica de los hechos físicos para acceder a la comprensión del sentido de tales hechos. El concepto de imputación objetiva se presentó, entonces, como un instrumento adecuado para expresar el sentido no naturalístico de la acción, primero, y del hecho típico, después<sup>114</sup>.

BACIGALUPO indica que "la teoría de la imputación objetiva, en la que se trata de la determinación de las propiedades objetivas de una conducta "imputable". Este aspecto de la imputación, es decir, de la imputación objetiva, se vincula fundamentalmente con la conexión entre la conducta y el resultado por ella producido. Dicho con otras palabras: con la limitación de la causalidad (natural) sobre bases normativas"<sup>115</sup>.

## 5. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Según afirma ROXIN "mientras que originariamente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecen al tipo, actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo. Históricamente se reconocieron primero los elementos subjetivos del injusto como componentes del tipo; y la ubicación del dolo, originariamente concebido como pura forma de la culpabilidad, en el tipo sólo se efectuó más tarde por influencia de la teoría final de la acción. No obstante, sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten diversas formas"<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, ob. cit., p. 447 y 448.

<sup>113</sup> LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en el Derecho Penal*, cit., p. 243.

<sup>114</sup> MIR PUIG, Santiago; *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 03, ob. cit, pp. 247 a 250.

<sup>115</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p.193.

<sup>116</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 307.

Para MIR PUIG "Se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos)"<sup>117</sup>.

Para JAKOBS en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto de vista de normativo en el lado del autor<sup>118</sup>. "La imputación subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes"<sup>119</sup>. LESCH señala que "si se entiende, como FEUERBACH, que lo decisivo es el sujeto como sistema psico-físico la imputación se limitará a un juicio psicológico, es decir, a una relación psíquica y real de la voluntad con el hecho. En otras palabras se trata solo de una imputación subjetiva"<sup>120</sup>

GARCÍA CAVERO, señala que la imputación subjetiva tiene dos formas de manifestación: el dolo y la culpa. No se trata de dos formas permanentes e inmutables de la faceta subjetiva del delito, sino de una creación dogmática a partir de los criterios ordenadores de la imputación penal, los cuales, por otra parte, no tienen necesariamente que coincidir con los criterios cotidianos de imputación de responsabilidad.<sup>121</sup>

Por último, KÓHLER<sup>122</sup> indica que "con el concepto de imputación subjetiva se trata de salvaguardar el "derecho de la subjetividad". El Derecho penal basado en la libertad debe limitarse a aquella negación de la validez que radica en la consciente contradicción del sujeto constituido por normas. Si no, el Derecho penal pierde su identidad y su mismo nombre". Se trata, entonces, de una garantía básica en el marco de un Estado respetuoso de la libertad.

---

<sup>117</sup> MIR PUIG, Santiago; "Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 03, cit., p. 257.

<sup>118</sup> JAKOBS, Gunther; *La Imputación objetiva en el derecho penal*, cit. p. 35.

<sup>119</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit. p. 512. JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Libro Homenaje a HANZ WENZEL. Prologo y Presentación de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. 1998., al referirse; La contraposición entre persona en derecho y no-persona en derecho es, desde el lado del autor, la que existe entre sentido y naturaleza, sociedad y entorno, lo cual, al menos para institutos particulares de la culpabilidad (ya se habló de dolo de tipo e imprudencia de tipo), ha de ser explicado brevemente. Quien no es capaz de culpabilidad no participa en la producción de un sentido común. Su conducta defraudatoria se refiere a lo sumo *prima facie* a una expectativa normativa, pero una mirada más precisa muestra que no se produjo una contradicción competente de la norma, sino que aconteció un proceso natural, justamente carente de sentido. Esto no quiere decir que un enfermo mental o un niño sean a todo respecto sólo naturaleza, pero respecto de la falta de competencia para proponer proyectos del mundo social sí lo son, así como es verdad que no tienen culpabilidad., cit., p. 49-50.

<sup>120</sup> LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en el Derecho Penal* p. 243.

<sup>121</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit. pp. 512 y 513.

<sup>122</sup> KÓHLER, Michael, "La imputación subjetiva: estado de la cuestión", en *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 90.



## 6. IMPUTACIÓN INDIVIDUAL O IMPUTACIÓN PERSONAL

Este se emplea en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término culpabilidad.<sup>123</sup> GARCÍA CAVERO señala que, la imputación personal en el derecho penal debe construirse sobre la base de la individualidad y la socialidad de la persona. La individualidad de la persona no debe entenderse en un sentido naturalista como capacidad de motivar psicológicamente, sino como capacidad de ser autor de un suceso externo. Por esta razón, para el juicio de culpabilidad no interesa la constitución motivacional del autor, sino solamente la posibilidad de reconducir un hecho a una unidad, a algo indivisible: a una persona. Pero este no basta para realizar una imputación personal, pues únicamente la socialidad permite un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social.<sup>124</sup>

MIR PUIG señala que tanto la imputación subjetiva como la imputación individual o personal son necesarias para poder considerar a alguien como autor culpable de una lesión o puesta en peligro típica. La exigencia básica de voluntariedad en todo comportamiento humano como elemento mínimo de todo tipo, constituye el mínimo necesario para la imputación subjetiva del tipo imprudente (conexión subjetiva mínima entre la conducta y su autor).

En los delitos dolosos la imputación subjetiva requiere el dolo para poder imputar el tipo objetivo, previamente comprobado, al contenido de la voluntad del sujeto, (conexión de voluntad plena entre el tipo objetivo y su autor) y a imputabilidad y demás elementos de la imputación individual o personal son necesarios para poder imputar el hecho antijurídico a su autor como persona imputable que actuó en circunstancias de normalidad motivacional (conexión entre el hecho antijurídico y un autor culpable. Pero todo ello presupone que pueda establecerse previamente una determinada conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la que exige la imputación objetiva al requerir una determinada relación de riesgo.<sup>125</sup>

Podemos concluir, tal como lo prescribe MIR PUIG, en el sentido de que: "la exigencia de imputación responde al principio de culpabilidad, en sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito, pero al mismo tiempo es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo, del injusto y de la infracción personal de la norma: la imputación objetiva es necesaria para afirmar el desvalor intersubjetivo de la conducta y el desvalor del resultado del tipo objetivo, la imputación subjetiva es necesaria para el tipo subjetivo y por tanto, para completar el tipo; la ausencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación también ha de ser objetiva y subjetivamente imputable para que el tipo pueda imputarse como antijurídico; y, por último, el hecho antijurídico ha de poderse imputar a un sujeto capaz de acceder a la norma en condiciones de motivabilidad normal

---

<sup>123</sup> MIR PUIG, Santiago; "Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Pena", ob. cit., p. 257.

<sup>124</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, ob. cit. pp. 660 y 661.

<sup>125</sup> Ibidem.

(imputación personal, necesaria para que el hecho antijurídico se convierta en infracción personal de la norma y se complete la culpabilidad del sujeto"<sup>126</sup>.

Se observa que en el trasfondo de las expresiones del profesor MIR PUIG late una concepción de la imputación en un sentido amplio, pues, como bien ha dicho este autor, la exigencia de imputación se relaciona con el principio de culpabilidad en cuanto que lo que se busca es la explicación de si un determinado suceso puede ser explicado como la obra de un autor, esto es, como su hecho.

En este sentido, la teoría de la imputación no se limita únicamente al tipo objetivo, sus alcances trascienden dicho ámbito llegando a influir en toda la teoría del delito. En otras palabras, lo que procura la teoría del delito es, a fin de cuentas, hallar criterios racionales para una adecuada atribución (scil. imputación) de un hecho perturbador a una persona concreta. Por tanto, la teoría de la imputación abarca también no solamente las categorías sistemáticas de la culpabilidad y la tipicidad, sino también la denominada antijuricidad.

## CAPÍTULO II

### **IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO Y BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO**

#### **1. RIESGO PERMITIDO**

En la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento, por tratarse de riesgos que la sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social. Se suele hablar, según los casos, de que no concurre un "riesgo jurídicamente relevante", o que se trata de un "*riesgo permitido*", de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante.<sup>127</sup> Así por

---

<sup>126</sup> MIR PUIG, Santiago; "Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal", ob. cit, p. 267.

<sup>127</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, 2ª edición, J.M. Bosch - Universidad Externado de Colombia, Barcelona-Bogotá, 2001, p. 318. También, IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, Hugo R. *Contenido del injusto penal culposo: la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia*. En, Revista Electrónica de Derecho Penal, fecha de publicación, 31 de Julio del 2010., quien asevera, , Existen actividades humanas que son riesgosas pero necesarias para el desenvolvimiento de la sociedad moderna, tales como el uso de automóviles y maquinarias pesadas, industriales o de construcción; utilización de fármacos o sustancias tóxicas; de energía nuclear para fines pacíficos; etc.; las cuales son aceptadas por su utilidad social, importando un riesgo permitido en el quehacer humano. La vida en sociedad supone la asunción de ciertos riesgos tolerados por las personas y el ordenamiento jurídico....

ejemplo la instalación de un reactor atómico conlleva serios riesgos, pero en modo alguno puede ser considerado una acción típica, dado que la sociedad (a pesar de todas las polémicas al respecto) las considera necesarias para su desarrollo.<sup>128</sup>

Podemos decir, que en una sociedad de libertades se permite un riesgo si el beneficio de la actividad tiene una fundamentación plausible para quienes han de soportar los costes, los mismos que han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar. Por ejemplo: si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a accionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo se puede tolerar si *ex ante* las víctimas son anónimas, y ello, porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte.<sup>129</sup>

La prohibición de realizar comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos, no puede ser absoluta, porque la sociedad requiere o tolera la ejecución de comportamientos que son peligrosos. Por eso, el comportamiento del chofer que conduce su vehículo conforme a las reglas del tráfico y produce la muerte de una persona que de pronto se lanza bajo las ruedas del mismo, no es el previsto en el art. 111 del Código Penal (homicidio culposo). Para constatar si el agente ha sobrepasado el límite del riesgo permitido se debe determinar si ha respetado sus deberes de diligencia.<sup>130</sup> Es necesario recurrir al criterio de la persona media, hay que plantearse hipotéticamente cómo, en la misma situación concreta en que actuó el agente,

---

Cuando la conducta humana rebasa los límites de los referidos riesgos, el derecho penal entrará a tallar en caso produzcan un resultado lesivo, pero esto último no basta para configurarse la conducta imprudente. La connotación del riesgo creado no es una simple relación lata de causa y efecto, sino una en la que se pueda atribuir racionalmente una responsabilidad; por ejemplo, si A regala un boleto de viaje por avión a B, a fin de que muera este último producto de algún accidente que pueda sufrir la aeronave, tal conducta no tendrá relevancia jurídico penal aun si efectivamente se produjera un accidente y fallezca B, toda vez que la invitación del viaje efectuada por A no genera un riesgo relevante ni hace que se incremente el riesgo permitido, además, la acción descrita no contiene en sí un hecho reprobable por el derecho penal.... Existen otras circunstancias, en las que el respeto de las normas de tránsito no excluye necesariamente la creación de un riesgo jurídicamente relevante. Esto ocurre en los denominados sucesos de puesta en peligro fuera de lo común, en los que "las exigencias pueden ser más estrictas que las que resultan de reglas elaboradas para el caso promedio", es decir, donde al sujeto -quien actúa respetando las normas de cuidado- se le presenta una situación riesgosa la cual puede evitar, la misma que es originada por otra persona que infringe la diligencia debida; por ejemplo: un conductor de auto que se desplaza dentro de los límites de velocidad, ve a lo lejos que un peatón cruza la autopista, no obstante, que el semáforo se encuentra en luz roja para este último, en tal situación le será exigible al conductor disminuir su velocidad y evitar el resultado lesivo. *passim*,

<sup>128</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal*, P. G., cit, p. 267. BECK, Ulrich. *Vivir en la Sociedad del Riesgo Mundial*. Traducción de María Ángeles Sabiote González y Yago Mellado López. CIDOB ediciones. Barcelona 2007., p. 12.

<sup>129</sup> JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, trad. Cancio Melia, cit., pp. 45, 46.

<sup>130</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, P. G., cit., p. 719

hubiera obrado una persona consciente y prudente, perteneciente al mismo círculo social o profesional de éste.<sup>131</sup>

De este modo, si el autor ha actuado, en los límites del riesgo permitido, no se le puede considerar como imprudente. En el caso de profesiones, oficios o actividades (chofer, arquitecto, médico, etc.) que requieren una autorización precisa, la idea del modelo o baremo medio implica, la constatación de si ciertas normas han sido o no respetadas. Lo mismo se puede decir, respecto a como, por ejemplo, deben guardarse y conservarse en casa productos peligrosos (barbitúricos, fósforos, combustibles, armas, pesticidas, etc.). La forma de hacerlo sin peligro para terceros, en especial para los niños, es tener en cuenta las indicaciones establecidas por los productores o distribuidores respecto al modo de utilización o consumo de tales artículos.<sup>132</sup>

Por otro lado, el incremento del riesgo se presenta, "si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda; por lo que no hay campo de aplicación para el principio *indubio pro reo*"<sup>133</sup>.

En este contexto si concurre un incremento del riesgo debe juzgarse, como también en general la realización del peligro, *ex post*. Es decir, que han de considerarse todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas<sup>134</sup>. Tal es el caso por ejemplo, de un **perito**, que al estudiar un presunto caso de patología bruselósica, sabiendo que debe pedir un perfil bruselósico, con una serie de reacciones de laboratorio, para presentar su peritación más rápido y no esperar una semana, que es lo que se tarda en lograr ese estudio en laboratorio, comete un acto de imprudencia y hace la pericia, dice que no hay bruselosis y evita ese paso que no se puede evitar porque es de rigor respetar. Asimismo, cabría considerar una cuestión adicional respecto de la fundamentación de los supuestos de *aumento del riesgo*

---

<sup>131</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, P. G., cit., p. 720. IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, Hugo R. *Contenido del injusto penal culposo: la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia*. En, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, fecha de publicación, 31 de Julio del 2010., Es, sin duda, el incremento del riesgo permitido el criterio cardinal en el análisis de la conducta culposa, de ese modo lo ha entendido la práctica jurisprudencial, así se aprecia cuando en la Ejecutoria Suprema N° 550-98 se asevera que "si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno, pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva". Así, pues, le será imputado un resultado a la persona que lesione o ponga en peligro un bien jurídico cuando se extralimite de los parámetros de las acciones riesgosas admitidas social y jurídicamente; ello ocurre en el supuesto en que el efectivo policial que, sin haber puesto el seguro correspondiente, juega con su arma de fuego apuntando a otro compañero, o que aquél rastrille su pistola con el fin de descargarla completamente sin percatarse adónde apunta, efectuando un disparo que hiere a su colega., *passim*.

<sup>132</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, P. G., cit., pp. 720, 721.

<sup>133</sup> ROXIN Claus; *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 380.

<sup>134</sup> ROXIN Claus; *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit, p. 381.

*permitido* y es que la sociedad tolera que se desarrollen actividades riesgosas en establecimientos peligrosos, cuando se trata de actividades que implican una utilidad social, tal es el caso del tráfico moderno, en donde se permite que se corra un riesgo hasta un cierto límite, cuya superación por el agente da lugar a la imputación, pues de esa manera se presenta el supuesto de aumento del riesgo permitido.

En la problemática del riesgo permitido también se debe tener en cuenta los casos de *disminución del riesgo*, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor. Ejemplo: A desvía un vagón que, de seguir su trayectoria, podría matar a varios trabajadores; como consecuencia del desvío el vagón se estrella contra varios coches a los que produce considerables daños. Como indica BACIGALUPO, en estos supuestos el autor "obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor"<sup>135</sup>. En este caso, el resultado del daño no es imputable al que ha creado un riesgo menor que el originariamente amenazante<sup>136</sup>.

En los casos en los que el autor conscientemente no ha reducido el riesgo todo lo que para él era posible, ejemplo: X tiene la posibilidad de evitar que Y sufra alguna lesión, pero, dada la poca simpatía que le tiene, *reduce el riesgo sólo en parte* para que, de todos modos, el resultado se produzca aunque resulte con una lesión más leve. Vemos como el autor ha omitido optimizar sus posibilidades de protección. La imputación del resultado por esta omisión cuando el autor *no es garante* de la protección del bien jurídico, no parece una solución adecuada, no existe un fundamento para exigir tal optimización. La solución es diversa si el autor *es garante*, dado que el deber de garantía se extiende a todos los daños que puede sufrir el bien protegido o que pueda causar la fuente de peligros que asegura. Por lo demás en los casos que se imputara el resultado, de todos modos, debería operar el consentimiento presunto.<sup>137</sup> En definitiva, hay que excluir la imputación de la conducta porque no es correcto prohibir acciones que no empeoran, sino que, al contrario, mejoran el estado del bien jurídico protegido<sup>138</sup>. El problema reside en la medida del riesgo que el sujeto reduce.

Podemos concluir que el *riesgo permitido*, es un instituto fundamental pues permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos de riesgos que, pese a su potencial eficacia lesiva, son admitidos y reclamados por la sociedad. Una sociedad moderna, industrializada, estratificada, que sin el tráfico rodado o aéreo, sin la construcción la energía o la cirugía y las interacciones sociales sería impensable.

Indudablemente que no se trata de tener que aceptar cualquier tipo de peligro que la práctica de las actividades conlleven, pero sí, el que socialmente se considere intrínseco a la propia actividad, sino fuese así ningún médico estaría

---

<sup>135</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 5ª edición, Akal, Madrid, 1998, p. 190.

<sup>136</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal*, P. G., cit., p, 268.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit, pp. 365-366, num. 43.

dispuesto a realizar una intervención quirúrgica, pues si a pesar de haberse adoptado todas las medidas que la situación demandaba, el paciente fallece en la mesa de operaciones, nadie hará responder al médico por el resultado lesivo que sin embargo ha causado. Lo mismo podríamos predicar de otros sectores de la vida social.

El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción. Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá el riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo<sup>139</sup>.

Si se presenten supuestos de aumento del riesgo permitido, se admitirá la imputación penal. Por ejemplo, el legislador (en el caso de riesgos regulados normativamente) autoriza la actividad de establecimientos peligrosos (en casos de utilidad social), tráfico moderno, etc., de manera que se toleran riesgos hasta un cierto límite y sólo podrá haber imputación si la conducta del agente significa un aumento de dicho riesgo permitido.

Por otro lado, se excluye la imputación cuando medie disminución del riesgo en los que el agente obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor. Con la modificación del curso causal por parte del sujeto activo se disminuye el peligro y con ello se mejora la situación del bien jurídico. Es conocido el ejemplo que sujeto que busca desviar un objeto pesado que cae en dirección a la cabeza de otro, pero sólo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo. Por lo tanto, hay

---

<sup>139</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., cit., p. 5., así mismo, agrega; En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado... No es pacífico el debate sobre la ubicación sistemática del riesgo permitido y su contenido jurídico-penal. Así, un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social, otro lo separa de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riesgo permitido en los delitos dolosos; y entonces sólo se reconoce como causa de justificación de delitos imprudentes. Por nuestra parte, entendemos al riesgo permitido como una causal de exclusión de la imputación objetiva del tipo penal, como una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida... El riesgo permitido frecuentemente se encuentra regulado normativamente (ejemplo: tráfico automotor, funcionamiento de industrias, prácticas deportivas, etc.), pero no siempre pues existen ámbitos donde se carece de dichas regulaciones (ejemplo: *lex artis* de la actividad médica, construcción, cuidado de niños, etc.). Por otro lado, también deben incluirse aquellos casos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta que genera el riesgo., p. 6-7.

que excluir la imputación de la conducta, porque sería algo absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. Lo problemático está en qué medida el sujeto reduce el riesgo. Exigirle al sujeto que optimice sus posibilidades de protección estará en función a si el autor es garante o no de la protección al bien jurídico, por ello, parece razonable en que dichos supuestos opere el consentimiento presunto<sup>140</sup>.

## 1.1 PARTICULARIDADES DEL RIESGO PERMITIDO

### 1.1.1. La concreción del riesgo permitido

Como bien sabemos la sociedad moderna en la que nos ha tocado vivir es una "sociedad de riesgos", siendo una de sus características el "riesgo permitido". Lo adecuado cuando nos referimos a la *concreción del riesgo permitido* es comenzar con una determinación negativa, toda vez que deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa.

En este sentido, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce.<sup>141</sup> Por ejemplo crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil en estado etílico, quien presta falso testimonio en un proceso judicial, quien manipula de modo contrario a las disposiciones pertinentes, materiales venenosos, radioactivos o que entrañan otro tipo de peligro, o si una persona decide practicar el ciclismo en una autopista y no en pistas especialmente acondicionadas para ello.

---

<sup>140</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., p. 8., comentando; Existen supuestos de riesgo insignificante en los que *ex ante* no se da un riesgo suficiente. Este principio implica la falta de significación social de la conducta y la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido y se extiende a la estructura de los tipos penales. Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación. La exclusión de la tipicidad penal no procede en estos casos de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce. Ejemplo: el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo o en un ascensor, no comete delito de secuestro., p. 9.

<sup>141</sup> JAKOBS, Gunther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Trad. Cancio Melia, Op. Cit, p. 48. ROMERO FLORES, Beatriz. *La Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes*. En Anuales de Derecho. Universidad de Murcia, Numero 19, 2001., cit., p. 23., precisando además; La figura del riesgo permitido, según PAREDES CASTAÑÓN se aplica a aquellos casos de conductas peligrosas o lesivas para el bien jurídico penalmente protegido que, sin embargo, no resultan prohibidas, pese a existir previsibilidad y controlabilidad del riesgo, en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes (adecuación social), consideraciones que limitan el alcance del deber de conducta que le corresponde al sujeto actuante en la situación concreta., p. 25-26.

### **1.1.2. Las compensaciones**

El Derecho establece como estándares a las normas, como las *puestas en peligro abstractas*, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un tipo de comportamiento, de ahí que haya que evitarlas. Por tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta las normas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hecho de que el comportamiento incorpore, elementos destinados a compensar el peligro de evitar puestas en peligro abstractas.

De ahí que un conductor experimentado y atento conduce un vehículo automotor con mayor seguridad que un principiante, incluso si se halla ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad. Sin embargo su comportamiento no está permitido, mientras que el principiante, en tanto sea sólo eso, esto es un principiante inseguro y no cometa error actual alguno, se mantiene en el ámbito de lo permitido, porque la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo.<sup>142</sup>

### **1.1.3. Los riesgos ubicuos**

Existen riesgos que siempre se encuentran en las relaciones humanas, que el Derecho los ha ido admitiendo en beneficio de la libertad general de actuación y que no son relevantes para el Derecho penal mientras: una persona no tenga datos objetivos concretos que le indiquen la especial peligrosidad de su actuación; o bien no se actúe de forma dolosa (con conocimiento de la situación de peligro concreto).<sup>143</sup>

Así por ejemplo un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello, o puede que, a diferencia de una persona joven, un susto por una broma a una persona de setenticinco años de edad tenga consecuencias fatales, o cuando una persona causa una fuerte impresión a otra al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del corazón del que recepciona la noticia, le causa la muerte. Se tratan de riesgos con los que todos tenemos que aprender a convivir, pues solo se infringe el deber objetivo de cuidado si se conoce datos sobre los factores de riesgo especiales en el caso concreto.

### **1.1.4. Los riesgos concretos incrementados permitidos**

Si el fundamento del riesgo permitido es que el ordenamiento jurídico primario asume ciertos riesgos generales, puede ser que también se presenten casos de concurrencia de riesgos en determinados ámbitos vitales que a su vez se hallan genuinamente cargados de riesgos -tráfico rodado, actividad médica y otros-, y en estos campos pocas veces podrá

---

<sup>142</sup> JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 51.

<sup>143</sup> FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo José, *Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002, pp. 215 - 216.



adquirirse de forma retrospectiva total claridad acerca del curso real de lo acontecido.<sup>144</sup>

Así, por ejemplo, el conductor que circula a una velocidad no permitida en las proximidades de un colegio y arrolla a un alumno que cruza la pista, o en el caso de una paciente diabética, a quien el médico para tratarla contra una infección le receta un medicamento que a su vez esté contraindicado para las personas que sufren este tipo de enfermedades, o cuando se receta a una persona alérgica un medicamento que contenga penicilina, o también cuando una enfermera aplica dextrosa al 50%, en lugar del 5% a una niña internada en el hospital. En estos casos la conducta peligrosa deja de estar amparada por el propio ordenamiento jurídico, alguien se ha comportado de forma imprudente al realizar una acción sin tomar las medidas de precaución pertinentes, toda vez que crea un riesgo que se concreta en un resultado causando por imprudencia una muerte, una lesión o unos daños.

#### **1.1.5. El riesgo "residual"**

Pese al cumplimiento de las medidas de precaución establecidas para el desarrollo de cada actividad, un cierto nivel de riesgo no es eliminado, ese riesgo que no desaparece por la observancia de los patrones generales de comportamiento es lo que se denomina "riesgo residual", el cual al permanecer dentro de la órbita de acción de las expectativas de comportamiento debe ser considerado como un riesgo permitido. Por consiguiente, como los patrones que regulan la forma en que deben construirse vehículos automotores no buscan eliminar todos los riesgos que su posterior empleo provoca sino tan solo mantenerlos dentro de límites tolerables, quien construye un auto con observancia de las normas técnicas de seguridad previamente establecidas, no habrá provocado un riesgo desaprobado cuando debido a la extraordinaria violencia de colisión esas medidas no hayan podido evitar lesiones o muerte de los ocupantes; ese resultado dañoso es producto de un riesgo residual y por ende tolerable.<sup>145</sup>

Así, por ejemplo, el automovilista que se comporta conforme a las reglas del tráfico y a pesar de ello se ve envuelto en un accidente donde muere una persona.

#### **1.1.6. El rol y estándar objetivo del riesgo permitido**

Podemos decir que hay ámbitos de la vida, en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto estándar de seguridad por otras vías, por ejemplo planteando exigencias respecto a la formación para los que actúan en esos ámbitos, como lo que sucede en el ámbito médico, donde la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a un nivel tan abstracto que acabarían careciendo de contenido. De igual modo

---

<sup>144</sup> JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 112.

<sup>145</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1996, p. 141.

tampoco es conveniente fijar un standar en aquellos casos en los que se da una constante evolución. Por ejemplo en el campo de la medicina, la regla profesional que goza de reconocimiento, la *lex artis*, sustituye al precepto jurídico. Cuando no existen reglas establecidas, ya sea por el Derecho, o por otros elencos normativos, el estándar es el de una persona prudente. El orden jurídico considera como criterio decisivo la "diligencia en asuntos propios".<sup>146</sup>

La problemática se presenta por la necesidad de administrar las reglas sociales. Lo que ha de ser administrado son los estándares objetivos en sus distintas concreciones, predeterminados por la sociedad e incluso a veces establecidos jurídicamente, sin embargo, esta administración se realiza por personas dotadas en cada situación de facultades físicas y psíquicas peculiares, y que, especialmente, también disponen en cada caso de un grado de experiencia distinto. A modo de ejemplo: a nadie le está permitido conducir un automóvil bajo los efectos de tranquilizantes, aunque el sujeto crea que pueda compensar sus efectos negativos poniendo una especial atención.<sup>147</sup>

#### **1.1.7. El saber especial superior del autor: la integración de los conocimientos especiales del rol**

La vida en sociedad implica la necesidad de que los individuos colaboren en la obtención de fines comunes, de tal modo que son cada vez menos las actividades que se desarrollan individualmente, esto por la imposibilidad de que una sola persona pueda dominar todos los diversos conocimientos especiales que se requieren para la elaboración de múltiples productos, debe darse por lo tanto una asignación de funciones preestablecida, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede por ende confiar en que sus demás compañeros cumplirán así mismo con las labores inherentes a sus cargos (principio de confianza)<sup>148</sup>.

Por ejemplo, volviendo al caso en que una enfermera aplica a una niña internada en un hospital dextrosa al 50 %, en lugar de al 5%; provocando su posterior deceso, no existe mayor problema sobre la responsabilidad de la enfermera, pero en cuanto al médico cirujano, ¿debió vigilar la intervención de la enfermera?, en este caso se invoca el principio de confianza en actividades conjuntas practicadas con distribución de tareas, pues no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores.

En la jurisprudencia peruana la problemática del *riesgo permitido* se ha planteado en algunos casos. Así por ejemplo:

#### ***Motociclista temerario***

---

<sup>146</sup> JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 49.

<sup>147</sup> JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 54.

<sup>148</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., pp. 152, 153.

La resolución materia del comentario fue expedida el once de junio de mil novecientos noventa y siete, por el Vigésimo Juzgado Penal de Lima, **Expediente 59-3196**; instrucción seguida contra NN, por delito Contra la Vida el Cuerpo y la Salud, en su modalidad de Lesiones Culposas, en agravio de X y que culminó con un fallo Absolutorio a favor del inculpaado.

*Hechos:*

Un día del mes de marzo de 1996, a las 8:30 a.m., el acusado estacionó su vehículo a la altura de la intersección de los Jirones Arándamos y Coralinas, de San Juan de Lurigancho, para indagar sobre una dirección. El agraviado, conduciendo su motocicleta a la velocidad de 50 a 60 Km., por hora, chocó violentamente contra el vehículo estacionado, resultando con fractura de pierna y herida en el mismo miembro, conforme el certificado médico legal. El acusado y un tercero trasladaron al herido al hospital.

En su declaración ante la policía, la víctima explicó que, al tratar de evitar un rompe muelles, viro hacia la izquierda y como había unos arbustos no vio el vehículo del inculpaado que se encontraba estacionado, produciéndose de este modo el accidente.

*Fundamento de la sentencia:*

El *a quo* fundamenta la sentencia señalando que en la vida social moderna, el riesgo de lesionar bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización misma. Por esto, se autoriza la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados (riesgo permitido).

En este contexto, debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza); por lo que, el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado. De esto se concluye que, si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no obra típicamente. Más aún, en el caso presente ha quedado acreditado que el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado: conducir la motocicleta a una velocidad no razonable ni prudente para las circunstancias del lugar. Siendo que la amenaza penal está dirigida a sancionar al agente que se comporta de manera indiferente ligera o desconsiderada para con los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo que en los delitos culposos debe ser determinante para la producción del resultado, circunstancia que en el *sub examine* no acontece. Por tanto, no se encuentra acreditada la

comisión del delito instruido y menos aún la responsabilidad penal del agente.

### **Comentario**

El hecho de estacionar un vehículo junto al borde de una calzada constituye un acto permitido y regulado por el reglamento de tránsito. Esta regulación está orientada a garantizar el orden y la seguridad en las vías públicas. De modo que de su respeto depende de que el acto no constituya fuente de peligro para los demás usuarios. Esto es particularmente importante en los casos en que el hecho de aparcar el vehículo es más peligroso; uno de estos casos es el de detener el vehículo cerca de una encrucijada de calles. Como vemos éste fue el acto cometido por el procesado. De modo que para comprobar si, al realizar este comportamiento, creó un riesgo prohibido o aumentó uno ya existente, se debió comprobar si, conforme a las circunstancias concretas, el agente respetó dichas reglas. En particular, si respetó la distancia en la que se permite estacionar respecto a una bocacalle. Norma que está dirigida evitar accidentes y que los demás conductores confían en que será respetada.

En la sentencia, no se da información sobre el comportamiento del procesado. Sin mayores explicaciones se afirma que el procesado actuó dentro de los límites del peligro permitido y de allí se deduce que no violó el deber de cuidado, así como que no realizó el tipo legal de lesiones corporales.

Cabe resaltar que resulta desafortunado referirse al comportamiento imprudente de la víctima afirmando que éste es el "factor predominante" para la producción del resultado, es decir las lesiones corporales. El comportamiento del agente no puede ser considerado como un factor secundario de la realización del tipo legal, pues no constituyó una situación de peligro prohibida. Sólo de haberse producido este hecho y ante la posibilidad de imputar el resultado al agente, se hubiera tenido que invocar que no procedía debido a que la víctima misma se había puesto en una situación de peligro. La misma que se habría materializado en el resultado, no así la que hubiera sido originada por el agente en la hipótesis imaginada.

Dicho de otro modo, si el conductor estacionó debidamente su vehículo no ejecutó un comportamiento peligroso, pues respetó las reglas de tránsito, De modo que, aun cuando su comportamiento fuera considerado, de acuerdo con la causalidad natural, la causa del resultado, éste no puede imputársele ya que no creó un peligro no permitido.

## **2. PROHIBICIÓN DE REGRESO**

### **2.1 INTRODUCCIÓN**

Las discusiones acerca de la dogmática penal actual giran en torno a un nuevo sistema de Derecho penal, edificado sobre la base de criterios normativos. Es por ello que hoy por hoy, en cualquier debate jurídico – penal, aparecen

necesariamente términos como los de normativización, imputación objetiva y especialmente el de prohibición de regreso, algunos autores denominan a esta última categoría, como el tema de moda, por la re potenciación que se viene haciendo acerca de sus contenidos.

Esto demuestra los valiosos aportes que está otorgando el funcionalismo a las esferas científicas del Derecho penal; además de ello, se ha abierto actualmente la discusión en el ámbito de la participación delictiva, para sentar los parámetros más idóneos, los cuales permitan establecer, objetivamente, quiénes deben responder penalmente por un hecho típico y bajo qué modalidades, esto es en realidad una cuestión muy enjundiosa actualmente, lo cual ha generado, como era de esperarse, diversos planteamientos y posiciones respecto a la participación de una persona en un hecho delictivo<sup>149</sup>.

Más claro lo vemos así: el derecho penal moderno –sugiere JAKOBS-, ha desarrollado una teoría de conducta típica inspirada en un principio social – funcional: la cuestión de la imputación objetiva reside entonces en una limitación de tareas, lo que significa también enmarcamiento de la responsabilidad a un ámbito determinado. JAKOBS sintetiza este marco previo así: “La responsabilidad jurídico penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”<sup>150</sup>.

Asimismo la reciente incorporación del término “neutral”<sup>151</sup>, en la discusión dogmática salta a luz con gran notoriedad, pues permite esclarecer qué conductas durante la intervención delictiva, pueden ser punibles a título de participación o si de modo contrario, quedan excluidas de responsabilidad

---

<sup>149</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim. En ese sentido; RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la víctima-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., afirmando; No es posible imputarle a comportamientos correctos en forma autónoma, las consecuencias disvaliosas que se siguen a través de la intervención de otras personas que incluyen ese comportamiento en lo que últimamente se denomina una "organización no permitida". En lo que nos interesa, en ocasiones, esta relación se puede dar de tal modo que quien "desvía" el sentido de la aportación del sujeto que realiza la acción inicialmente inocua es la propia víctima. Un ejemplo es absolutamente claro: el día de su cumpleaños "A" recibe de "B" un arma de regalo. Al día siguiente "B", en el marco de una profunda depresión, decide suicidarse con el arma que le han regalado., passim. BRINGAS Luis Guillermo. *Intervención Delictiva y Prohibición de Regreso: Apuntes sobre la Normativización en el Ámbito de la Participación*. En, Revista Latinoamericana de Estudios en Ciencias Penales y Criminología., p. 5.

<sup>150</sup> Podemos aseverar entonces que, En la disyuntiva: sociedad o mundo exterior, se observa que el “autor” expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación, la otra alternativa es que no llegue a alcanzar el plano relevante para la comunicación, aunque en su fuero interno piense que sí lo ha logrado (no hay responsabilidad penal). Este dilema será resuelto funcionalmente. Esto sólo es pensable si uno parte de racionalizar que el sujeto se define de un modo normativo a través del rol social que representa y desempeña, con contenido y sentido en su obrar. De esta manera podrá ser destinatario de expectativas sociales.

<sup>151</sup> CARO JONH, José Antonio, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5, Grijley, Lima, 2004., p. 7., El término “neutral”, es el más adecuado para designar aquellas conductas con sentido inocuo o sentido social, las cuales se mantienen alejadas de cualquier suceso típico, con mayores referencias acerca de estas conductas neutrales., p. 8.

penal, el esfuerzo por desarrollar con mayor amplitud este tema, ha generado en la doctrina, diversos trabajos, sobre la materia. La jurisprudencia y la actividad social, permiten poner sobre el tapete una serie de casos en donde se puede constatar la importancia de este instituto dogmático, denominado prohibición de regreso y las mencionadas anteriormente conductas neutrales<sup>152</sup>.

Esta construcción teórica ha evolucionado desde la antigua formulación de Reinhard Frank, quien entendía la prohibición de regreso como un correctivo para limitar la causalidad, y se limitada a la exclusión de responsabilidad penal de quien hubiese actuado (imprudentemente) en un momento previo a la interposición de una condición libre y consciente del resultado<sup>153</sup>. Se trataba, pues, de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso<sup>154</sup>.

En este apartado se intentará conceptualizar posiciones doctrinales de diversos autores respecto a la mencionada Teoría, sistematizándolas de modo explicativo para brindar una idea cabal respecto al tema objeto de estudio, autores como por ejemplo, el jurista alemán Günther JAKOBS desde la óptica del sistema Funcionalista, que por cierto será la base esencial del trabajo, asimismo, de Carlos Parma estudioso de la posición dogmática de aquel respecto a la Teoría de Prohibición de Regreso; también tomaremos la posición de Enrique Bacigalupo, del jurista nacional Percy García Cavero entre otros autores que han tratado este Instituto penal.

De otro lado, para hacer más viable el trabajo en mención, se tratará superficialmente la relación intrínseca que dicha teoría guarda con la figura del Riesgo Permitido, la Competencia de la Víctima y el Principio de Confianza temas trabajados con mayor profundidad por las integrantes del grupo de trabajo al empezar a desarrollar la Imputación Objetiva del Comportamiento.

También, siguiendo las pautas de la cátedra se citarán ejemplos de la vida cotidiana respecto a la Teoría de la Prohibición de Regreso que nos pueda permitir hacer más asequible la comprensión del trabajo académico elaborado.

Finalmente, como bien apunta la cátedra, es indispensable reproducir Jurisprudencia tanto nacional como extranjera que evidentemente constituirá instrumento de extrema valía que nos permitirá tener un campo mayor de conocimiento respecto a la forma y tratamiento en los órganos jurisdiccionales de la especialidad penal de la figura de la Prohibición de Regreso en su concepción moderna, reiterando que se tomará como base el esquema funcionalista que es asumido por el autor del presente trabajo como derrotero de las conclusiones finales del trabajo de investigación.

---

<sup>152</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

<sup>153</sup> Vid CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, pp. 73 y

<sup>154</sup> CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., p. 73; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª edición, cit., num. marg. 1115, 2326.

## 2.2 ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA TEORÍA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

La teoría de la prohibición de regreso, en su formulación actual, trata de una serie de casos en los cuales alguien colabora dolosa o imprudentemente a la realización del tipo, pero no existe responsabilidad para este tercero, porque la contribución que ha prestado se encuentra dentro del riesgo permitido.

Esta posición doctrinal implica en nuestro entender que mientras la mencionada conducta del agente sea neutral o válida socialmente aceptada no será objeto de la represión penal, ya que su contribución será "inocua", de carácter inofensivo, no pudiendo reputarse ni sindicársele como instigador ni como autor mediato del hecho punible, tampoco tiene trascendencia ni relevancia penalmente la conducta desplegada no obstante el resultado afectando un determinado bien jurídico con protección penal.

Para Günther Jakobs, la teoría de la prohibición de regreso, de acuerdo con su comprensión habitual, pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la Teoría de la Equivalencia de Condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado. Además, dicho autor es partidario de una prohibición de regreso, en dos situaciones:

1. Cuando no existe ninguna actividad entre el tercero y el autor y este unilateralmente decide desviar el aporte del tercero hacia la comisión de un hecho delictivo. Si un partcipe no actúa conjuntamente con el autor, entonces no responde a las consecuencias que este voluntariamente a la acción.

Así por ejemplo: la ejecución de amenaza, si tu te vas, yo me mato, no conduce a la responsabilidad de quien se va por participación en el homicidio; el irse no tiene un sentido delictivo.

2. Si él partcipe actúa conjuntamente con el autor, se excluye la responsabilidad en los casos en los cuales el contacto social se agota en sí mismo en la prestación o contraprestación de un objeto o una información y la realiza de las metas perseguida continua según su propio objeto. Como toda prestación puede convertirse en una pieza funcional de un plan delictivo, no sería posible la interacción social, si en el intercambio estandarizado de bienes y servicios no aislamos las finalidades perseguidas en cada transacción.

Otro ejemplo que clarifica lo anotado: quien normalmente ejerce la actividad de conductor de taxi, o de cualquier vehículo de transporte público, no responde como cómplice del hecho punible que pueda realizar el pasajero al llegar a su destino, quien vende armas en un establecimiento legalmente autorizado, no responde como partcipe del delito cometido por el comprador del arma.

Tampoco el que vende un cuchillo a un cliente no obstante que éste último le indica que va a matar a su suegra, como en efecto lo realiza con posterioridad: ¿responderá penalmente el vendedor? Evidentemente bajo este esquema dogmático no le será imputable la muerte referida, ya que el sólo conocimiento de la conducta futura que pueda realizar el comprador no puede ser elemento de responsabilidad penal del primer sujeto, en suma, se debe descartar el elemento subjetivo.

De otro lado, Enrique Bacigalupo<sup>155</sup> estima que la prohibición de regreso "... es un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales pero que están fuera del interés del Derecho penal".

Asimismo el jurista peruano Percy García Caveró<sup>156</sup> estima en la prohibición de regreso que "... dejando de lado la discusión sobre si resulta correcto o no utilizar el término prohibición de regreso (lo resaltado es nuestro) en estos casos, se trata de determinar aquí la responsabilidad de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro. La doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho distintos criterios para justificar la irresponsabilidad penal del autor del aporte".

En los casos anteriores es clara la existencia de una prohibición de regreso, en el sentido de que si la conducta de un tercero es en si misma inocua o socialmente adecuada como se ha anotado *ut supra*, no se le puede imputar la conducta de un autor que desvía esa contribución hacia fines delictivos.

Existe prohibición de regreso asimismo cuando alguien unilateralmente desvía hacia fines delictivos propios, una conducta que es en si misma inocua o socialmente adecuada como se reitera, o que se ha realizado en virtud de autorizaciones provenientes del ordenamiento jurídico.

Cuando se trata de conductas estereotipadas o permitidas expresamente por el ordenamiento, también hay prohibición de regreso cuando quien crea la situación que favorece la conducta delictiva de otro, tenía derecho a esperar que no actuaría dolosamente.

Algunos sostienen que el que actúa en el estadio previo tiene una relación de dependencia, y no tiene el dominio ni necesariamente podría prever el resultado en la ejecución del delito, esto es lo que en doctrina penal se conoce como la Previsibilidad Objetiva, que en resumidas cuentas no es sino prever el comportamiento del tercero que viene desde atrás

Según Carlos Parma<sup>157</sup>, considera que el principio de confianza se encuentra en un punto equidistante entre el riesgo permitido y la prohibición de regreso, "nutriéndose a la vez de ambos institutos", en suma, según nuestro entender

---

<sup>155</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, cit., p. 269.

<sup>156</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, cit., pp. 425-426.

<sup>157</sup> PARMA, Carlos, *La Prohibición de Regreso. Günther Jakobs y la Participación Criminal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, pp. 16 y ss.



hay a veces una superposición con el principio de confianza, ya que ésta también puede explicar válidamente la Prohibición de regreso, siempre de modo objetivo.

Según este autor la Prohibición de Regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser "distanciado" de él. Añade que como el "aporte" del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación por eso, y citando a Jakobs indica que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

Otra posición doctrinal respecto a la Prohibición de Regreso es la esgrimida por Manuel Cancio Meliá, donde la considera "una institución introducida en la discusión moderna en materia de imputación objetiva sobre todo por Jakobs, consiste en lo fundamental en desvincular un comportamiento inicial correcto de posibles conductas autolesivas posteriores".

Además, siguiendo al mismo autor, esta institución resulta de aplicación a casos en los que adquiere relevancia una conducta de la víctima.

Un ejemplo que podría granear mejor lo anotado, es cuando un empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo. Según la posición del autor mencionado esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión, esto es, que su accionar o conducta no le es reprochable penalmente en caso de ocurrir algún evento que afecte un bien jurídico.

Otro ejemplo, que permite clarificar la postura doctrinaria indicada es si un sujeto -sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular- afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación.

En cambio no hay prohibición de regreso si quien crea la situación peligrosa tiene una posición de garante en virtud de deberes preexistentes a la conducta que realiza y ha defraudado las expectativas que emergen en su ámbito de responsabilidad.

Así, por ejemplo en los casos planteados inicialmente, quien arrienda una casa en las condiciones de riesgo debe responder penalmente, porque es garante en razón de tener bajo su custodia un objeto peligroso.

### **2.3 ROLES**

En el marco objetivo también se puede enfocar la Prohibición de Regreso dentro de los roles del tercero, esto es, según Carlos Parma, los titulares de los

roles especiales al quebrantarlos generalmente responden a título de autores, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima, en suma "delinque quien incumple con el rol". Es decir; Quien no hace nada que contradiga su rol, tampoco defrauda ninguna expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado. El rol es "un sistema de posiciones precisadas normativamente". El mandato debe decir: "no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho".

## 2.4 ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Según JAKOBS "En la prohibición de regreso, en sentido tradicional, se causa imprudentemente la comisión por otro de un delito". De otro lado, este mismo autor alemán afirma que "... la teoría de prohibición de regreso en su concepción habitual al excluir la responsabilidad por la causación imprudente de un hecho doloso, abarca un campo en el que frecuentemente, aunque no siempre, el comportamiento imprudente no puede ser interpretado como parte de un plan delictivo porque el autor no actúa configurando un mundo en el que está planeado actuar delictivamente". "... Por lo tanto, la teoría de la prohibición de regreso en su concepción habitual afecta a un ámbito en el que queda excluida con frecuencia una responsabilidad específica por comisión".

Ahora bien, el ámbito por excelencia para la aplicación de este instituto dogmático es el de la participación criminal. De este modo, para determinar en qué momento un sujeto puede ser partícipe en un hecho delictivo, por su conducta previa, se plantean esas reglas: en primer lugar, no responde como partícipe quien realiza un comportamiento cotidiano (neutral, estereotipado, socialmente adecuado, etc.)<sup>158</sup>; que está relacionado con la conducta delictiva de otra persona, ello debido a que no se ha organizada nada en común entre ellos.

Ejemplo: el taxista que transporta a unos sujetos que hacia el lugar en el que estos piensan cometer un atraco. En segundo lugar, entre el autor y el partícipe existe algo en común que se limita a un aporte que puede obtenerse en cualquier otro lugar y que no supone un riesgo especial y el autor hace uso de esta contribución para cometer el delito.

Ejemplo: el vendedor de navajas no responde como partícipe de un homicidio que vaya a cometer el cliente que le compró una navaja y ello aun cuando sepa que el comprador tiene en mente matar a su enemigo<sup>159</sup>. Este es el ámbito en el que mayores frutos pueden rendir la *prohibición de regreso*, no obstante, si preexiste un deber no habrá más remedio que afirmar responsabilidad.

Ejemplo: la madre que proporciona información a un sujeto sobre los hábitos de sus hijos, enterándose después que éste está planificando matar a uno de ellos, responde como partícipe porque tiene un deber institucional de protección. En tercer lugar, existe participación de quien tiene el deber de no

---

<sup>158</sup> JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, cit., p. 77.

<sup>159</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 78.

disponer de determinados instrumentos, respondiendo de las consecuencias delictivas.

Ejemplo: quien proporciona a otro armas y explosivos que requieren licencia para su uso, y éste comete un delito. En cuarto lugar, responde como partícipe el que no realiza una prestación de naturaleza neutral, sino que específicamente configura su aporte de manera tal que encaja en el contexto de un delito. Estos supuestos corresponden a los casos habituales de instigación y complicidad. Finalmente, en último lugar, también es posible afirmar responsabilidad si el aporte, en primer término calificable de inocuo, se prestó en un *contexto* delictivo. Ejemplo: el vendedor de pistolas que vende uno de estos productos a uno de los sujetos que interviene en una violenta riña.

## 2.5. JURISPRUDENCIA

Veamos cómo ha sido aplicado este instituto por la jurisprudencia peruana:

- Recientemente, la Ejecutoria Suprema del 25 de noviembre de 2004, R. N. 552-2004. Puno, considerando tercero, se pronunció de la siguiente manera:

"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; aclarando 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".

Que el Tribunal Supremo en lo Penal haya adoptado como punto de partida para la solución del presente caso un criterio normativo, no hace sino acentuar una tendencia hacia una progresiva afirmación de los postulados básicos de la doctrina de la imputación objetiva en la jurisprudencia de dicho tribunal, ello a costa de un paulatino abandono -no del todo, por cierto- de criterios naturalistas como la causalidad o el dolo (entendido en sentido psicologizante).

Resulta llamativo que de cara al enjuiciamiento acerca de la relevancia penal de un hecho, el empleo en este caso del criterio delimitador del rol del actuante en un determinado contexto social, a efectos de llegar, por esta vía, a la exclusión de la responsabilidad penal del agente; al menos, en términos generales, esta postura nos parece la más correcta. Así, pues, no cabe imputar responsabilidad penal a quien ha mantenido su esfera de organización dentro

de los límites del riesgo permitido, pues de ese modo el actuante sólo ha actuado en el marco objetivo, determinado en base a criterios externos (no internos o relativos a la psique). Por tanto, quien así actúa honra el postulado mínimo fundamental de toda persona (el *neminem laedere*) que (por ser tal) se halla vinculada socialmente: sé persona y respeta a los demás como personas.

Ahora bien, así como resulta penalmente irrelevante la actuación de quien ha mantenido su estatus dentro del marco del riesgo permitido, también lo es el que terceras personas se aprovechen de la actuación del agente que no ha organizado de modo conjunto un curso lesivo. En otras palabras, en el caso que recoge la sentencia: que otras personas le hayan dado un sentido delictivo a la actuación del agente, cuyo aporte -como chofer- se ha limitado a realizar un acto de transporte de terceros, es en sí mismo inofensivo por haberse mantenido en un contexto estandarizado socialmente adecuado (el mero acto de transportar a personas que posteriormente van a delinquir es socialmente adecuado); así las cosas, el comportamiento desplegado por el procesado resulta sin ninguna importancia a efectos de la imputación jurídico-penal. Una conducta realizada en estos términos es atípica sencillamente porque no posee un carácter vinculante en relación con las demás aportaciones al hecho (no existió una comunidad delictiva), así puede resumirse el postulado básico de la prohibición de regreso en sentido funcional-normativista.

También se observa en la ejecutoria transcrita un cierto rezago de nociones psicologizantes, pues en otro pasaje se alude al hecho de no haberse probado el concierto de voluntades como presupuesto de una actuación delictiva en común. Se trata de un requisito -el acuerdo de voluntades- que ha sido superado por una perspectiva normativa, según la cual un acuerdo de voluntades *per se* no fundamenta la tipicidad a título de coautoría puesto que se trata de la co-configuración del hecho.

- Asimismo, en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre de 2004, R. N. 2270-2004- La Libertad, se ha establecido lo siguiente:

"Que 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 las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían (...); 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 si mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito"

Se ha dicho que si la actuación de una persona en un determinado contexto social no tiene el sentido de formar parte de una comunidad delictiva, entonces su conducta se mantiene dentro de los límites de su rol. Que terceros aprovechen una actuación cotidiana, como recoger o recepcionar cheques para darles el visto bueno, y ulteriormente se sirvan de ella para la comisión de actos delictivos, no vincula delictivamente la actuación inicial llevada a cabo por el primer interviniente. En el caso que plantea la sentencia en comentario, resulta claro que la conducta llevada a cabo por el procesado se ha mantenido dentro de los límites de su esfera de competencias, no obstante haber favorecido la comisión de otros delitos por parte de un tercero.

- En un supuesto de homicidio culposo, con anterioridad, la jurisprudencia había establecido lo siguiente:

"El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación del deber objetivo de cuidado, plasmado en las normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo, b) La producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico.

Existiendo una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de su propio riesgo, conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva "el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal" (Cfr. JAKOBS. Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1995. p. 307)."

Alguna vez se dijo que el delito imprudente es el campo de aplicación por excelencia de la teoría de la imputación objetiva, incluso que el delito imprudente era el único ámbito en el que podría hallar esta teoría un valor práctico (Armin Kaufmann). Más allá de esta discusión, debe tenerse en cuenta que en este ámbito ha de verificarse dos requisitos fundamentales: la infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado (como consecuencia de la vulneración del deber de cuidado). Para decirlo según la doctrina tradicional, esta verificación resulta importante a efectos de determinar la antijuridicidad de la infracción del deber de cuidado.

El requisito de la infracción del deber objetivo de cuidado se identifica, actualmente, con la exigencia de que la acción ha de crear o incrementar un riesgo penalmente relevante. Con esta exigencia se cumple el tipo objetivo del delito imprudente y también se uniformiza la tipicidad objetiva de los delitos dolosos e imprudentes<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> En este sentido, *vid.* MAZUELOS COELLO, Julio, "El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual", en *Anuario de Derecho penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal peruano*, PUCP, Lima, 2003, pp. 147 y ss. GARCÍA MUÑOZ, Oliver. *Deberes de vigilancia y prevención de la Administración de conductas ilícitas y prohibición del regreso. Comentario a la STS, 3ª, 28.9.2002*. Facultad de

Pues bien, en esta ejecutoria resulta interesante la valoración que el Tribunal efectúa de la creación de un riesgo por parte de la víctima que lo perjudica, es decir, se trata de los supuestos denominados de autopuesta en peligro. Como se ha dicho, para la determinación de la relevancia jurídico-penal de un comportamiento ha de tomarse en cuenta el concreto contexto social en que se desenvuelve dicho comportamiento, de forma que pueda explicarse un suceso lesivo bien como obra del autor, de un tercero o pueda ser reconducida a la misma víctima.

Justamente es el último supuesto el que se configura en la resolución materia de este comentario, a consecuencia del obrar descuidado de la víctima en relación con sus propios intereses la conducta del agente queda excluida de toda relevancia típica; ello es así aun cuando eventualmente el agente haya infringido algún deber objetivo de cuidado; en todo caso, quedaría la duda si el factor riesgoso generado se ha concretado efectivamente en el resultado (homicidio).

## **2.5 CASOS PRÁCTICOS SOBRE PROHIBICIÓN DE REGRESO**

Seguidamente se plantean algunos casos prácticos vinculados con la problemática que nos ocupa.

### **CASO 1- PEATÓN**

Un peatón que da un traspies estando el suelo helado y al que otro peatón no ayuda evitar la caída, ha tenido mala suerte (no era previsible que el suelo estuviese helado) no tuvo cuidado (la helada era previsible), o es víctima de la Administración responsable de las vías públicas.

### **CASO 2 - MAGISTRADOS**

Los Magistrados que están dirigiendo un proceso donde están juzgando a miembros del grupo terrorista "Sendero Luminoso", tienen pleno conocimiento que elementos integrantes del citado grupo subversivo amenazan con asesinar a un Congresista de la República si continúan con el juicio. No obstante ello, Los Magistrados siguen adelante con el proceso, y en efecto el grupo sedicioso logra asesinar a un Congresista.

### **CASO 3 - ESTAFADOR**

---

Derecho Universitat Pompeu Fabra. InDret. Barcelona. 2003., empero hace la siguiente reflexión; en nuestra opinión, las Administraciones Públicas habrían de responder siempre que se dieran dos condiciones: primera, la tolerancia por parte de un servicio público de conductas antijurídicas realizadas a vista, ciencia y paciencia de la Administración de que se trate; segunda, la generación de un riesgo concreto y superior al general de la vida, que motivara un deber de vigilancia especial cuyos costes, dada la concreción geográfica del riesgo, no fueran muy elevados y, en todo caso, no lo fueran más que los derivados del incremento mismo del riesgo. De este modo, cuando la situación anómala perdura y el riesgo aumenta, debería apreciarse responsabilidad de la Administración, exclusiva o concurrente, en su caso, con la derivada de la intervención dolosa o imprudente del tercero., cit., p. 26.

Un sujeto proclive a cometer delito de estafa tiene una Cocinera a su servicio, y ésta no obstante tener conocimiento del estado personal de su empleador continúa prestándole servicios.

#### **CASO 4 - DEUDOR**

Un deudor honra su deuda con su acreedor, a sabiendas que este último podría utilizar el dinero pagado para la comisión de un hecho punible.

#### **CASO 5 - MECÁNICO**

El caso del mecánico de un taller de reparación de autos que pese a sus esfuerzos técnicos no logra reparar adecuadamente el sistema de frenos de un ómnibus que le fuera confiado y se lo devuelve al dueño poniéndole en conocimiento el estado del automóvil y, no obstante ello, el dueño del vehículo procede a manejarlo y causa un accidente con resultados fatales.

#### **CASO 6 - GRIFERO**

El caso del empleado de un grifo que se percata que las llantas de un automóvil de uno de sus clientes están totalmente desgastadas, sin embargo continúa surtiendo de gasolina al referido cliente, y más tarde, este sufre un aparatoso accidente ocasionando daños y lesiones irreparables a sí mismo y otras personas.

#### **CASO 7 - PROVEEDOR**

El caso de un proveedor de suministros eléctricos de alta calidad y de marca que dota a una empresa de reparación de motores de vehículos robados.

#### **CASO 8 – ACTIVISTA POLÍTICO**

El caso de un activista político del Partido Aprista peruano que prende fuego a una pancarta del movimiento fujimorista "Si Cumple" con el rostro del prófugo Fujimori, y un militante de este grupo al intentar sofocar el fuego sufre graves quemaduras de tercer grado.

#### **CASO 9 – MADRE PARTURIENTA**

El caso de la madre de una parturienta que acaba de dar a luz por primera vez y que está a su entero cuidado. De pronto la primera se ausenta por varias horas, y al retornar se encuentra que la alumbrante reciente ha dado muerte a su vástago por cuanto el producto de la gestación fue ocasionado por una violación.

#### **CASO 10 – HOMBRE QUE ABANDONA A SU ESPOSA**

El caso de un hombre que abandona a su esposa por otra mujer y ésta en venganza por dicha situación personal envenena a sus dos menores hijos ocasionándoles la muerte.

#### **CASO 11 - FOTÓGRAFO**

El caso reciente del fotógrafo que asesinó a sus tres hijos menores, e incluso con la posibilidad de haber violentado sexualmente a uno de ellos (su hija), porque supuestamente la esposa le era infiel constantemente. ¿Ésta respondería penalmente por la muerte de los niños?

#### **CASO 12 - MARIA**

El caso de María, imprudentemente, entrega un arma de fuego a su vecino Pedro, a pesar de haber presenciado la fuerte discusión que mantuvo este con su esposa. Si luego, aquél utiliza el arma para ultimar a su mujer.

#### **CASO 13 - PANADERO**

Se han enmarcado en la discusión es sobre cómo determinar si existe o no responsabilidad en los supuestos en donde un esposo atormentado por los celos, recurre al panadero de la esquina para que le venda unos panes, y en medio de otro comentario le comunica al panadero que piensa matar a su esposa surtiendo veneno en uno de ellos, y no obstante ante tal comunicado del esposo, el panadero, le vende los panes. La cuestión es si el panadero debería responder por su conducta (conocedor del posterior hecho delictivo que se realizara con el medio que el proporciona).

#### **CASO 14 - TAXISTA**

- El caso de un taxista que conduce al terrorista que colocará la bomba, y que durante el viaje hacia su destino le confiesa que atentará contra un edificio, si el taxista pese a esta situación de conocimiento nada hace para evitarlo.

- Se trata de un hecho resuelto en la jurisprudencia peruana, en donde fueron requeridos los servicios de un taxista por varios sujetos, que le pidieron que los traslade a un inmueble en donde iban a recoger algunas pertenencias. Llegados al lugar, le manifestaron al taxista que ingrese el auto a la cochera, cuando de pronto comenzaron a introducir en el vehículo sospechosamente diversos objetos, en este instante le indicaron al taxista que iniciara la marcha, de pronto fueron intervenidos por la policía, logrando escapar todos menos el taxista. Finalmente la Sala Penal absolvió al taxista como coautor del delito de robo agravado.

#### **CASO 15 - CUMPLEAÑERO**



El día de su cumpleaños Carlos recibe de Juan un arma de regalo. Al día siguiente Carlos, en el marco de una profunda depresión, decide suicidarse con el arma que le han regalado.

#### **CASO 16 - SUICIDA**

El caso de un suicida expresivo de su situación hasta el detalle, compra un arma a un señor que, conciente de que el comprador se suicidaría un segundo después, le entrega el arma y le explica amablemente ciertas reglas básicas de funcionamiento cumpliendo su rol, originándose en efecto el suicidio.

#### **CASO 17 - MARIO**

El caso de Mario que derriba, con la correspondiente licencia, un muro dentro de su propiedad, que amparaba del sol a ciertas mercancías de su vecino Juan, ocasionándole daños irreparables que lindan con el delito de daños materiales.

#### **CASO 18 - SALVAVIDAS**

El caso de una persona que retira a la víctima el salvavidas que previamente le arrojó y que ésta estaba por alcanzar ocasionándole la muerte, empero, el primero de los nombrados logró salvarse ya que también corría el riesgo de morir ahogado.

#### **CASO 19 - CHOFER**

El caso de un chofer que impide el uso de su coche para trasladar a un enfermo a un hospital, que no puede ser trasladado de otra manera, lo que determina la agravación de su estado de salud.

#### **CASO 20 - ABOGADO**

En esta ocasión la jurisprudencia alemana discutió la responsabilidad a título de cómplice en el delito de estafa, de un Abogado que había sido contratado por una empresa, como consultor para la elaboración de unos folletos publicitarios. Posteriormente la empresa había abusado de esa información para estafar a algunos clientes. Finalmente, el Tribunal concluyó que la conducta del Abogado, se realizó bajo un estándar general de su profesión, el cual es impartir consultoría jurídica, sin que esto pueda constituir un acto de favorecimiento o solidarización con un delito.

#### **CASO 21 - DEL BURDEL**

También tomado de la jurisprudencia alemana, es el caso, en donde se atribuyó responsabilidad al repartidor de vinos que periódicamente, se encargaba de suministrar vino a un burdel, conducta con la cual hizo que se incrementara la concurrencia de visitantes al mencionado lugar. Un

punto importante para el tribunal alemán, era que la actividad del burdel era conocida por el repartidor, con lo cual se manifestó que su actividad estaba en estrecha vinculación con la actividad proxeneta del dueño del burdel. ¿Es el conocimiento, fundamento suficiente para atribuir responsabilidad por complicidad al repartidor de vino?

## **2.7. FUNDAMENTOS DELIMITADORES DE LA PARTICIPACIÓN E IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

Como sabemos, la mayor parte de delitos descritos en los tipos penales, hacen referencia de casi manera exclusiva a la idea del suceso típico realizado por un solo autor (autoría), sin embargo no se puede pasar por desapercibido otra forma de intervención, como aquella en donde intervienen dos o más personas, con lo cual se genera una serie de conflictos a la hora de tratar de señalar quiénes con su aportación quedan de manera definitiva vinculados a la realización del suceso delictivo, y por otra parte, quiénes quedan fuera de ese contexto aun habiendo intervenido en él<sup>161</sup>.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la participación constituye una ampliación de la punibilidad a aquellas personas que, sin realizar actos típicos, lesionan o ponen en peligro el bien jurídico mediante una contribución al hecho antijurídico del autor; de lo que se trata, sin lugar a dudas, es de fijar los límites del Derecho penal frente a los actos diarios, cotidianos; en definitiva, trazar una línea divisoria entre la cooperación punible y los actos de la normalidad diaria<sup>162</sup>.

En este sentido menciona BLANCO CORDERO, que el partícipe es punible porque él, sin actuar típicamente en concepto de autor, menoscaba indirectamente el bien jurídico protegido, mediante la colaboración en la acción en grado de autoría de otro. La participación, por tanto, es un ataque accesorio al bien jurídico tutelado. Siguiendo a este autor, podemos ya establecer hasta aquí que el primer paso para la imputación de un hecho a título de partícipe, lo constituye la relación de causalidad<sup>163</sup>, suponiendo esto, es entonces imprescindible que exista la concurrencia de una relación ininterrumpida entre la contribución causal del partícipe y la materialización del resultado.

El partícipe se caracterizara, por la aportación de algún eslabón previo que opera también en el resultado a través del eslabón decisivo puesto por el autor<sup>164</sup>. Por ejemplo: el cómplice que le ha proporcionado al autor de un homicidio la pistola con la que éste mató a la víctima, no ha aportado el último eslabón causal de la muerte, ese eslabón determinante del resultado está constituido por el disparo del homicida. Ahora, bien que la muerte hubiera sido de dos o más tiros es indiferente, pues el resultado es la concreción del aporte

---

<sup>161</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

<sup>162</sup> Ibidem., passim.

<sup>163</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Tirant To Blanch. Granada. 2001, cit., p. 16-17.

<sup>164</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Autoría y participación en un sistema lógico – funcional*. En: Dogmática actual de la autoría y participación criminal, IDEMSA, Junio 2007, pág. 227.

del cómplice en este caso. Pero en toda forma de intervención en el delito la mera causalidad no basta para afirmar la imputación de la conducta<sup>165</sup>, sino que es necesario que junto a esa conexión fáctica, concorra la existencia de una conexión teleológica y normativa (imputación objetiva). Desde una particular concepción, JAKOBS, señala que “quien participa en la fase previa no responde jurídico – penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio”<sup>166</sup>.

Podemos advertir aquí, entonces, que no existe participación en el hecho típico cuando una conducta con contenido social o estereotipado pasa a adquirir un contenido lesivo exclusivamente por la manipulación que un tercero haga de sus consecuencias, por ello “un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es LA PROHIBICIÓN DE REGRESO”<sup>167</sup>. Es evidente que de lo que se trata es de imponer una frontera de libertad de actuación que permita tolerar ciertas conductas (cotidianas, estereotipadas, etc.)<sup>168</sup>.

### 2.7.1. Conducta Neutral.

Estas conductas neutrales, constituyen el núcleo central de toda forma de interacción en las modernas sociedades, las cuales se caracterizan por el incremento y complejo proceso de comunicaciones entre sus ciudadanos, por ello, queda definido que, no tiene ningún tipo de responsabilidad quien realiza un comportamiento neutral que está relacionado con la conducta delictiva de otra persona, pues a pesar de que parezca que existe un vínculo que une sus conductas, no hay nada en común entre ellos.

Dicho razonamiento, el profesor alemán GUNTHER JAKOBS, lo resume de manera más clara, “un autor que anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo; en este caso, sólo él responde”. Por ejemplo: un grupo terrorista toma como pretexto para asesinar al Ministro de Justicia el proceso seguido contra un correligionario; el asesinato es asunto exclusivo de los terroristas, y no de los jueces que dirigen el proceso<sup>169</sup>. Aquí expresamente muestra su ámbito principal de aplicación, la prohibición de regreso, esto es la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos y han actuado

---

<sup>165</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid/Barcelona, 2003., cit., p. 80.

<sup>166</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

<sup>167</sup> Ibidem., passim.

<sup>168</sup> Ibidem., passim.

<sup>169</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

correctamente, pues en el caso específico de imputaciones por complicidad en supuestos de conductas neutras ( colaboración neutra, actos cotidianos, socialmente adecuados, conformes a determinada profesión, etc. ), lo recomendable es que se excluya la responsabilidad a título de complicidad. Así, de una manera bastante ilustrativa añade ROCHEFORT<sup>170</sup>, que el problema radica en determinar si aquél que ha proporcionado esas condiciones puede distanciarse de ellas de modo que sean consideradas socialmente inocuas y que han sido posteriormente “desviadas por otro”.

Es evidente que cualquier conducta puede ser utilizada por un tercero para la posterior comisión de un delito. Por lo tanto, es necesario determinar si dicha comisión posterior incumbe a aquel cuya conducta es instrumentalizada por el autor. Lo que está claro es que en muchos supuestos es más fácil no imputar un hecho típico o un resultado a una persona cuando entre su actuación y el surgimiento de dicho riesgo o resultado se constata un comportamiento libre y responsable de un tercero<sup>171</sup>.

Empero, si se trata de definir los límites normativos de la participación se debería fundamentalmente tomar en cuenta, que el partícipe tome como punto de partida de manera objetivada una configuración de un mundo en común con el suceso delictivo, de modo contrario, si la conducta realizada, tiene intrínsecamente, un contenido neutral, nos encontraremos ante un conducta desvalorada y carente de cualquier tipo de relevancia para el Derecho penal. Por ejemplo: el sujeto que presenciando un partido de beisbol y encargándose de alcanzar un bate a uno de los jugadores, de ninguna manera podría afirmarse que este participa en un delito de lesiones aunque posteriormente el jugador

---

<sup>170</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona. 2005., p. 355. BRINGAS Luís Guillermo. *Intervención Delictiva y Prohibición de Regreso: Apuntes sobre la Normativización en el Ámbito de la Participación*. En, Revista Latinoamericana de Estudios en Ciencias Penales y Criminología., concluyendo, El primer escollo con el que se encuentra quien pretende lidiar con esta problemática en particular, es el referido a la indeterminación de su denominación y el del contenido de su concepto. Se le conoce en la doctrina como “conductas neutras”, “cotidianas”, “estándar”, “socialmente estereotipada”, “conducta social profesionalmente adecuada”, “negocios normales de la vida diaria”, “conductas inocuas”, “conductas sin relación de sentido delictiva”, “conductas conforme al ordenamiento jurídico”, etc. De todas las denominaciones posibles seguiremos aquí la de “conductas neutras”, por ser la más utilizada por la doctrina y la que mejor resume las cualidades de esta clase de comportamientos. Pues bien, ahora la pregunta obvia reza así: ¿Qué son conductas neutras? Si se intenta esbozar un concepto, se las podría definir como aquellos comportamientos estereotipados, inocuos, externamente lícitos, realizados incluso con el conocimiento de su potencialidad lesiva para bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, al margen de ensayar un concepto, considero importante indicar que esta clase de conductas presentan dos elementos comunes. Por un lado: son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (aspecto objetivo). Por otro: existe el conocimiento por parte de la persona que las realiza de su idoneidad para producir un resultado delictivo (aspecto subjetivo). Ambas características integran el concepto de conductas neutras., cit., p. 7.

<sup>171</sup> GUILLERMO BRINGAS, Luís Gustavo. *Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación*. En: Revista Jurídica – Colegio de Abogados De La Libertad, 2008., ciy., p. 204.

que recepcionó el bate por parte de él, golpee con el mismo a otro jugador. Diferente se puede tornar la situación si el reparto de bates lo realiza no correspondiéndole esa función (por estar alejado del contexto deportivo), y que proporcione un bate al sujeto que enfurecido trata de buscar algún objeto contundente con el cual lesionar a su oponente con el cual esta mediando una gresca. Otro aspecto importante que viene acompañado con la teoría de la imputación objetiva, es el tema de la normativización.

Como es sabido, no es un tema nuevo pero ha cobrado mucha relevancia en el moderno debate de la participación criminal, pero cabe plantearse ¿Que se entiende por normativizar? Al respecto, es precisa la acotación que hace GUILLERMO BRINGAS, cuando señala que cuando la dogmática hace referencia a un método normativo se está refiriendo, por un lado ( aspecto negativo), a que el Derecho no aprehende el significado de las cosas por como estas vienen dadas, preestablecidas, esto es, que no trabaja con conceptos naturales, que ellos son datos sobre los que hay que valorar; por otro ( aspecto positivo), que es el Derecho a través de ciertos elementos quien determina el significado de los hechos, asignándoles un determinado sentido y valor<sup>172</sup>. Asimismo considera este autor, que desde la perspectiva normativista, no son declarados todavía como hechos de interés para el Derecho penal la sola producción de un resultado, por más que este cause un daño (en sentido físico – natural) y exista un sujeto que lo produjo<sup>173</sup>.

Podemos denotar que aquel dato o suceso acontecido mientras no sea examinado por el ordenamiento jurídico o el funcionamiento social, y se le otorgue una determinada valoración, no dejara de ser un mero dato o acontecimiento naturalístico o fenomenológico. Hasta aquí, hemos llegado a mostrar de manera breve pero general, lo que la doctrina dominante ha venido sosteniendo hasta ahora, en cuanto al concepto y fundamento de punición de aquellos que intervienen como partícipes en el hecho delictivo (es decir de aquellos que no tienen el dominio del hecho y que realizan la conducta típica por prestar una colaboración al ejecutor material, y de acuerdo al principio de accesoriedad van a responder solo a través de aquellos que materializan el resultado), por ello y por lo general se considera a la participación un injusto accesorio al hecho del autor.

En nuestra doctrina hace una precisión a la posición dominante, el profesor GARCIA CAVERO, quien sostiene que la intervención en el delito tendría que ser analizada jurídico – penalmente desde una perspectiva unitaria y no proceder a diferenciaciones superficiales que, en supuestos como la cooperación necesaria, resultan incluso arbitrarias. En esta línea de razonamiento, añade que el análisis del delito solamente alcanza tal significación en la medida que exprese el

---

<sup>172</sup> Ibidem., p. 205.

<sup>173</sup> Ibidem., p. 206. También; FEIJOO SANCHEZ, La imputación objetiva en Derecho penal. Monografías Penales 2. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Editora Jurídica Grijley, 2002, pág.350.

sentido comunicativo de defraudación de la norma, por lo tanto, si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no podrá hablarse de varios injustos penales sino de uno solo<sup>174</sup>.

En estos casos, se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común. Es evidente que la doctrina dominante considera que es posible diferenciar típicamente entre los diversos intervinientes en el hecho. Para llevar a cabo esta distinción se recurre al criterio del dominio del hecho, el cual solamente estaría en posesión de los autores y no de los partícipes en sentido estricto. El criterio del dominio resulta siendo insuficiente puesto que el hecho no puede proclamarse solamente para los autores, sino que todos los intervinientes punibles han sido competentes por el dominio del riesgo<sup>175</sup>.

Esta es la observación y crítica que ha venido desarrollando el profesor alemán GUNTER JAKOBS<sup>176</sup>, quien en uno de sus trabajos denominados “El ocaso del Dominio del Hecho”, afirma que el criterio correcto que debe regir la intervención delictiva no es el del dominio del hecho sino el de la “competencia”, y que, en todo caso, si todos los que intervienen en el hecho resultan competentes, todos resultan ejecutores del mismo, independientemente de quien sea la mano que se mueva para ello. Es decir que todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya<sup>177</sup>. Y finaliza el profesor de Bonn, que el núcleo central de su posición radica en la “infracción colectiva del deber<sup>178</sup>”, que generan los intervinientes, no existiendo ninguna diferencia cualitativa entre ellos, ya que todos responden por el injusto único que han creado, y en todo caso la teoría del dominio del hecho intervendría como criterio rector para determinar una diferencia cuantitativa entre los intervinientes, para el momento en que se impondría la pena. Hasta aquí se ha pretendido abordar las distintas precisiones que en la dogmática se han aportado al ámbito de la participación, mas allá de ello, en palabras de ROBLES PLANAS, las opiniones se podrían clasificar entre quienes sostienen que se trata de un problema de tipicidad exclusivamente objetiva y quienes hallan la solución recurriendo al lado subjetivo del sujeto<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte General, T1*. Segunda edición. Grijley. Lima. 2007., cit., p. 367

<sup>175</sup> GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico – Parte General, T1*. Segunda edición. Grijley. Lima. 2007., cit., p. 368-369.

<sup>176</sup> JAKOBS, Gunther. *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En: JAKOBS Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley. Lima. 2000., p.175.

<sup>177</sup> JAKOBS, Gunther. *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En: JAKOBS Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley. Lima. 2000., p.176.

<sup>178</sup> Ibidem., p. 178.

<sup>179</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid/Barcelona, 2003., p. 56.

Nos preguntamos; ¿Es cómplice de un delito de malversación de fondos el empresario que por razones caritativas dona una fuerte suma de dinero a una institución pública creada para asistir a zonas de catástrofes naturales, aun *sabiendo* que los funcionarios de esta institución utilizan el dinero con otros fines o para enriquecerse ellos mismos?

¿Tendría que condenarse a un vendedor de cueros como cómplice de un delito de elaboración clandestina de productos por vender cueros a una microempresa, *sabiendo* que en ella se elaboran zapatos sin contar con la autorización respectiva?

¿Es cómplice de un delito de corrupción de funcionarios el cajero de un banco que entrega una fuerte suma de dinero al titular de una cuenta, *sabiendo* que éste utilizará el dinero para corromper a unos jueces?

En todos estos casos hay un común denominador: el actuante tiene conocimiento que otro usará su aportación para cometer un delito. Sin embargo, también es evidente que la conducta es practicada en el marco de una actividad cotidiana, que en el contexto del hecho adquiere un significado *neutral* o de estar obrando en *armonía* con el Derecho<sup>180</sup>. Esto significa que tanto el vendedor de materia prima, el empresario caritativo, como el vendedor de cueros y el cajero del banco actúan dentro de un *espacio de libertad* jurídicamente reconocido al ciudadano en un Estado de libertades, que coincide con su actividad, profesión u oficio cotidiano: ¡no son cómplices! El ciudadano concreta su personalidad en la actividad cotidiana, cual incluso es un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política, que en su art. 2, inc. 1 garantiza el derecho de “toda persona [...] a su libre desarrollo y bienestar”. En suma: el *significado social* de la conducta coincide en este contexto con el *significado normativo* de neutralidad o de concordancia con la vigencia de las normas de un Estado de libertades.

Pero al tiempo de reconocer la neutralidad de la conducta en los casos antes reseñados existe un dato que no puede ser ocultado y que agrega un sinsabor a la solución dada. Este dato es el “conocimiento” de favorecer un hecho delictivo. Sin embargo, este sinsabor rápidamente desaparece cuando se constata que ese conocimiento aquí solamente se refiere a un dato puramente psíquico, esto es, a un conocimiento especial (no perteneciente al rol del actuante) que no reúne en lo absoluto una fuerza normativa como para destruir la neutralidad de la conducta<sup>181</sup>. Se trata sólo de una mera *representación psíquica* que puede acompañar al ser humano en su accionar, pero que en el contexto social de la acción *no* le es exigible jurídicamente poseerlos ni aplicarlos. Por ejemplo, el vendedor de cueros puede saber que el microempresario

---

<sup>180</sup> GARCÍA Cavero. “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú”. En, Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. Civitas. Lima 2005., cit., p. 308 y ss.

<sup>181</sup> CARO JOHN, José Antonio. “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”. En RPDJP 5 (2004), pp. 86 ss.

fabrica zapatos de manera clandestina, el cajero del banco puede saber que al efectuar el pago de un cheque su cliente usará el dinero para corromper a unos jueces, sin embargo, ese mero saber o conocer no forma parte del conocimiento que ellos deben tener como vendedor y cajero respectivamente<sup>182</sup>. Ningún oficio de vendedor ni de cajero se define incorporando dichos conocimientos, por lo que, si no forman parte del significado del oficio, el titular del mismo no es *garante* ni le atañe su aplicación. El conocimiento especial por consiguiente no *adapta* una conducta cotidiana a la *comunidad delictiva* de terceros que se aprovechan de las aportaciones brindadas en el marco de una actividad neutral: rige una prohibición de regreso<sup>183</sup>.

## 2.8 LA CONCEPCIÓN DUALISTA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO: LAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL ROL SOCIAL.

En este punto, se abordará, la institución más original de la imputación objetiva tal y como la concibe JAKOBS esto es la “prohibición de regreso”, que precisamente fue el ámbito en el que se iniciaron los planteamientos y necesidades de limitar el ámbito del comportamiento en la participación delictiva, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivos – normativos. Lo que esta institución pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva<sup>184</sup>.

En la actualidad la prohibición de regreso se configura como el reverso de la participación punible<sup>185</sup>, pues de forma objetiva configura los límites de la responsabilidad. En este sentido es correcta la afirmación de Robles Planas, cuando denomina a la prohibición de regreso como la teoría que en estos momentos está intentando una solución global (como también en sus inicios), en las condiciones bajo las cuales se discute la imputación del resultado a un primer sujeto que posibilita a un segundo la comisión de un delito, ya sea este doloso o imprudente y llevado a cabo de forma completamente responsable<sup>186</sup>.

Sobre antecedentes acerca de esta teoría, es sabido que fue formulada en 1924 por FRANK, (pero por cuestiones de espacio no vamos a ofrecer en esta ocasión un estudio general acerca de la evolución de la prohibición de regreso), es conocido su ejemplo del cazador, que deja su escopeta en el guardarropa de una fonda y que posteriormente es utilizada por otro para matar a un tercero, en este caso el cazador no puede tener responsabilidad por la muerte acaecida, ya que la intervención dolosa del autor impide un regreso a

---

<sup>182</sup> CARO JOHN, José Antonio. *Imputación Objetiva*. En UNIFR. Febrero 2010., passim.

<sup>183</sup> CARO JOHN, José Antonio. “Sobre la no punibilidad de las conductas neutras”. En RPDJP 5 (2004), pp. 90 ss.

<sup>184</sup> PEÑARANDA RAMOS, SÚARES GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ. *Un nuevo sistema de Derecho penal*. Grijley. Primera edición. Lima. 1998., p. 90, 91.

<sup>185</sup> Ibidem., p. 92., el cual precisa; respecto de la parte negativa (exclusión de la responsabilidad por comportamientos objetivamente irrelevantes) y respecto de la parte positiva (la accesoria de la participación).

<sup>186</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid/Barcelona, 2003., p. 80.



anteriores factores que motivaron un situación causal o fáctica no dolosa, es así que se excluye el regreso a determinadas situaciones para evitar una arbitraria extensión desmesurada de la responsabilidad por el hecho<sup>187</sup>. En otro caso por ejemplo: si alguien atropella a otra persona conduciendo su auto de manera correcta, afirmar que su conducta no ha quebrantado ningún deber objetivo de cuidado, puesto que ha creado un riesgo permitido, es una redundancia. En estos casos el resultado lesivo ha de entenderse como pura desdicha<sup>188</sup>.

Cuando se habla de comportamientos neutrales o inocuos, se hace mención a aquellas acciones toleradas socialmente, como cuando A le dice a B que si sigue casado con C va a cometer un atentado contra alguien. Como B no accede al pedido, A comete el atentado. En este caso B no tiene ninguna responsabilidad. Por lo que entre A y B no existe nada en común. Si tenemos en cuenta que el Derecho penal es una parte del sistema o del ordenamiento jurídico, que se caracteriza por asentarse sobre el principio de mínima intervención, o ser la “ultima ratio”, debe tener en cuenta que otras partes del ordenamiento normativo, toleran, permiten e incluso favorecen determinadas actividades sociales que encierran ciertos peligros abstractos que son potencialmente idóneos para lesionar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, por esta razón menciona FEIJOO SÁNCHEZ, que el Derecho penal no puede considerar intolerable para la convivencia la realización de estas actividades, pues sería absurdo considerar relevantes aquellas conductas que se hallan integradas en el funcionamiento social<sup>189</sup>.

Ahora bien, la cuestión a resaltar es, ¿En que ámbito o nivel de la teoría jurídica del delito deben ser analizadas las denominadas conductas neutrales? Primero debemos partir por rechazar todo tipo de idea que pretenda ubicar los casos mencionados (conductas neutrales), en el ámbito del tipo subjetivo<sup>190</sup>. Por el contrario, el tratamiento idóneo de estos casos, en la sistemática de la teoría del delito, debe realizarse en el seno del tipo objetivo. Por ello se debe entender que imputar aquellas conductas en las cuales solo se presentan elementos como el dolo y la relación de causalidad, resulta insuficiente, pues se estaría introduciendo el razonamiento del actual Derecho penal en la ya obsoleta fórmula “Dolo + Relación de Causalidad = Responsabilidad Penal”<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> Ibidem., p. 83.

<sup>188</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Imputación objetiva en Derecho penal*, Monografías Penales 2. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley. Lima. 2002., cit., p. 198.

<sup>189</sup> Ibidem., p. 199.

<sup>190</sup> GUILLERMO BRINGAS, Luís Gustavo. *Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación*. En: Revista Jurídica – Colegio de Abogados De La Libertad, 2008. pág. 207.

<sup>191</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid/Barcelona, 2003., p. 73., al respecto cita a FRISH, quien ha aportado un argumento bastante interesante, denominada “principio de idoneidad”: según el cual allí donde se trata de objetos o prestaciones que se pueden vender, alquilar, entregar sin ningún inconveniente, una prohibición concebida para el que las ejecuta casualmente con mala intención no comporta el mas mínimo efecto de protección para el mundo de bienes jurídicos, puesto que el perjudicado por los efectos de la prohibición podría acudir en todo momento y sin ningún riesgo a otras personas de las que recibiría fácilmente estas prestaciones., p. 74.

Este tipo de representaciones no rigen ya en un sistema contemporáneo del Derecho penal que tiene en los postulados de la imputación objetiva, el eje central de imputación para todas aquellas conductas que jurídicamente resultan desaprobadas y por ello son dotadas de relevancia en la interacción social, pues ya no caben en el nivel del riesgo permitido. Pues el Derecho penal del Estado de Derecho es un Derecho penal de hecho. Esto tiene como consecuencia, entre otras, que el punto central de la imputación debe residir básicamente en lo objetivo. Pues la principal preocupación en palabras de HASSEMER<sup>192</sup> es “establecer los límites del Derecho penal frente a los espacios de normalidad cotidiana”.

Las denominadas conductas neutrales guardan asimismo una relación consustancial con otros institutos de la imputación objetiva, como el “principio de confianza”, principio el cual es de suma importancia y aplicación en las modernas sociedades, pues supone que se obra confiadamente en que los demás actuarán de manera responsable dentro de los estándares del riesgo permitido, así por ejemplo: el conductor que respeta las señales del tráfico automotor espera que los demás también lo hagan y si alguien cruza la avenida en luz roja y se produce un accidente con lesiones en las personas, estas no les serán imputables.

En la jurisprudencia peruana; es saludable la aplicación que se viene dando de este principio como en el seguido caso del transportista usando tarjeta de propiedad falsa: el encausado se limitó a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol como chofer transportista de carga, 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, mas aun, 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 de cualquier tipo de responsabilidad<sup>193</sup>.

Es natural que el Derecho penal, considerado en sí como un sub-sistema dentro de la sociedad, su función sea la de interpretar los contactos sociales de su época y contribuir normativamente a su mantenimiento. Otro punto que es base de las conductas neutrales es el referido al Rol Social, pues resulta frecuente encontrar menciones respecto del “rol de determinada persona” al momento de determinar esferas de competencia y, en definitiva, su responsabilidad. ¿Pero que se entiende por rol? Al respecto menciona ROCHEFORT, que el rol es aquel constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones. Entonces, el principio en que se funda la sociedad es que reconoce a cada individuo una serie de posiciones de las cuales emanan expectativas sociales, el cúmulo de esas expectativas constituye el rol social, así el cumplimiento o defraudación de esas expectativas por parte del individuo, no será otra cosa que la desviación del rol social que le

---

<sup>192</sup> Ibidem., p. 75.

<sup>193</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

corresponde. Entendido así el rol es un cúmulo de orientaciones de conducta<sup>194</sup>.

Ese cúmulo de orientaciones, igual que el guión de una obra de teatro, han de ser aprendidos por el destinatario, puesto que la sociedad esta compuesta por diversos estamentos dentro de los cuales cada rol tiene un determinado lugar en la estructura social, y se relaciona con otros roles, como por ejemplo: padre – hijo, médico – paciente, vendedor – comprador, etc. Para la confirmación de los roles es preciso considerar la gran heterogeneidad social, la abrumadora carga de interacción, que existe en lo sistemas sociales que se denotan por la mera presencia humana<sup>195</sup>. Como muestra de ello puede citarse el ingreso en una panadería para comprar pan, subirse a un autobús o hacer la fila antes de ingresar al cine. De todas estas interacciones emanan roles (el rol de vendedor, el rol de usuario, etc.), todas las organizaciones pueden ser entendidas como un complejo entramado de roles, de esta manera se reduce la gran complejidad social.

JAKOBS, menciona que los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar. Así surge la pregunta ¿Como se puede trasladar lo dicho a la dogmática, esto es, a un sistema de imputación manejable en la practica?, menciona el profesor alemán, que ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan solo con base en datos naturalistas – causalidad, dolo –; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol<sup>196</sup>.

Los límites de los roles operan a la vez como límite de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente, el taxista no tiene obligación de conocer lo que hará el pasajero cuando llegue al lugar requerido, o el vendedor de armas que vende una pistola a una persona que parece sospechosa, no realiza un acto de complicidad con el delito cometido posteriormente. Pues ¿a dónde se llegaría si quien vende armas o herramientas que podrían servir para la realización de delitos estuviera obligado a examinar la fiabilidad del comprador? Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de cualquier curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente saberlo y evitarlo<sup>197</sup>.

Sin embargo hay ciertos casos en donde si se tiene el deber jurídico de evitar cualquier tipo de lesiones al bien jurídico frente al que se ostenta un deber especial, me refiero a los sujetos bajo cuya esfera personal se encuentra una posición de garantía, como lo pueden ser: padre y madre como garantes de los hijos, los funcionarios públicos como garantes de la administración estatal, el policía garante de la seguridad ciudadana, etc. En síntesis, solo si el sujeto se

---

<sup>194</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación: Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona. 2005. pág. 68.

<sup>195</sup> Ibidem., p. 71.

<sup>196</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passin.

<sup>197</sup> Ibidem., passin.

define de modo normativo, a través del rol social que debe cumplir en el contexto social bajo el cual se desenvuelve, se podrá sostener que este es destinatario de expectativas generales, y por lo tanto realiza comportamientos que se interpreten de modo objetivo, se ha de tomar en cuenta el aspecto comunicativamente relevante de la conducta, sin tomar en cuenta ningún tipo de apreciación o análisis interno – subjetivo. A pesar de ello las opiniones para tratar de solucionar esta problemática se puede clasificar hoy como un problema de tipicidad exclusivamente objetiva y por otro lado un grupo que busca hallar la solución recurriendo al lado subjetivo del hecho, generándose así la moderna discusión científica del Derecho penal entre ambos planteamientos, a continuación observaremos de manera breve un panorama general de mencionadas posiciones<sup>198</sup>.

### 3. LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

En los últimos años se ha hablado del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes, es decir, del análisis de la conducta de la víctima dentro de la teoría del tipo. La configuración de un hecho puede ser atribuida no sólo al autor del mismo, sino en algunas ocasiones a la víctima de ella, produciéndose entre ambos una colaboración de algún modo en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima. En consecuencia, ha de tenerse en consideración qué tan determinante habría sido la conducta de la propia persona afectada para que se produzca el resultado lesivo en su contra, generando una autopuesta en peligro, conocida también como imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>199</sup>.

Vale decir; entonces que en la dogmática penal moderna sobre todo a partir del desarrollo normativo del ilícito a través de la imputación objetiva, se ha hecho lugar, bajo diferentes terminologías y en base a universos de casos en ocasiones autónomos, pero a menudo convergentes, a la posibilidad de que el comportamiento de la víctima defina o codetermine el ilícito y su exclusión<sup>200</sup>.

La consideración de la víctima en la dogmática penal viene impuesta por impero del principio de "mínima intervención" o "última ratio"; no cabe duda sobre las consecuencias ciertamente "reductoras" del derecho penal que

---

<sup>198</sup> RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos. *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En Revista Electrónica de Derecho Penal., passim.

<sup>199</sup> IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, Hugo R. *Contenido del injusto penal culposo: la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia.*; considerando, De advertirse que lo preponderante en un resultado lesivo fue la propia conducta de la víctima, aún existiendo una infracción al deber objetivo de cuidado por parte del supuesto autor, no estaremos frente a un delito culposo, más aún si tenemos en cuenta los demás criterios, como el incremento del riesgo permitido o la creación del riesgo jurídicamente relevante referidos anteriormente., passim.

<sup>200</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimodogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., citando a Roxin, señala; La Victimología, esto es, la teoría criminológica de la influencia del comportamiento de la víctima en la delincuencia, comienza en la actualidad a reflejarse en la dogmática jurídico penal. Al respecto se plantea como cuestión central de que efectos tiene para el injusto una corresponsabilidad de la víctima en los hechos, en especial si ello puede llevar a una exclusión del tipo o de la antijuricidad"., passim.

provoca este desarrollo parcial de la imputación en el nivel del ilícito a la luz del comportamiento de la víctima. Se trata claramente de una multiplicación de situaciones "negativas de la atipicidad" y con ello de una minimización del ámbito de actuación del tipo penal<sup>201</sup>. Ahora el supuesto de hecho no es sólo un ilícito que presenta como datos aquellos tópicos que son considerados como relevantes desde una aplicación mecánica de las palabras de la ley, sino que vuelve, de a poco, a constituirse en un conflicto que engloba en un proceso comunicacional a los roles del autor y la víctima<sup>202</sup>. Para ROXÍN la frase "el derecho penal es la última ratio de la política social", "sólo dice que no debe castigarse en aquellos casos en que el Estado tiene a su disposición medios menos graves para la superación de conflictos sociales, pero no que tenga que renunciar a su intervención cuando el propio ciudadano se pudiera proteger"<sup>203</sup>.

Si bien actualmente se habla de un "redescubrimiento de la víctima", lo cierto es que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse, más bien, como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima. En este sentido, son cada vez menos las fundamentaciones dogmáticas que ubican esta cuestión fuera del ámbito de la teoría de la imputación objetiva como, por ejemplo, las que la solucionan en el ámbito subjetivo como supuesto de falta de previsibilidad de la lesión por parte del autor, las que se ubican en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la "media causación" o la teoría de la concurrencia de culpas; o las que consideran que se trata de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber objetivo de cuidado<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., precisando; El contenido más esencial del principio de mínima intervención obliga a detener la intromisión de la protección penal a través de la definición como ilícito de una conducta, en los casos en los cuales existen buenas posibilidades de que se cuente con estrategias de solución del conflicto menos violentas que la utilización del sistema penal o cuando el ingreso del derecho penal no está legitimado desde el punto de vista de ciertos presupuestos sociales, como, por ejemplo, cuando la víctima no desea, no merece, o no necesita protección alguna... Quizá en ello resida una de las líneas más ricas del trabajo dogmático dirigido a la colaboración del propio sistema del hecho punible en la racionalización del poder penal del estado. De este modo, la teoría del delito, en el lugar quizá más sensible político-criminalmente, en el de la fundamentación del ilícito, logra otorgar una necesaria cuota de personalización e individualización al conflicto que debe interpretar en términos normativos... Pero quizá hoy día esta percepción esté necesitada de ciertas correcciones. "Mínima intervención" es: necesidad de retracción del ámbito protagónico del poder penal y ello a la luz de más de una razón. Esta "mínima injerencia" no sólo descansa en la idea de otro medio de política social menos dañoso. Si ello fuera así no serían explicables, por ejemplo, los casos de insignificancia o adecuación social, para los cuales sería altamente dudoso que el poder penal haya renunciado a la sanción por el descubrimiento de otro instrumento de política social... Hoy se podría decir, por ejemplo, que el principio de mínima intervención aparece en los casos en los cuales: 1. la reacción penal es socialmente desproporcionada; 2. el daño del ilícito es mínimo; 3. la futura ley penal no protege ningún valor digno de protección; o 4. la conducta es socialmente aceptada, etc, *passin*.

<sup>202</sup> *Ibidem.*, *passin*.

<sup>203</sup> *Ibidem.*, *empero* concluye, La objeción merece algún detenimiento. En primer lugar, pareciera que la respuesta del profesor alemán se encuentra demasiado influida por el origen casuístico del principio de mínima intervención. Es por ello que se cree que sólo son casos de mínima intervención aquellos que han servido para dar a luz al principio., *passin*.

<sup>204</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, cit, p. 431.

La conducta de la víctima en la producción de la lesión de sus propios bienes muestra una amplitud enorme y en algunos casos parece irrelevante.

Es apreciable lo sostenido en el párrafo precedente mediante el siguiente ejemplo: en una autopista, como la Panamericana Norte, una persona cruza sorpresiva e intempestivamente, no obstante, a existir un puente peatonal a diez metros, el cual no es utilizado por dicha persona ya que estaba con prisa, siendo arrollado por un camión de carga que se desplazaba a pocos metros dentro de la velocidad permitida, producto de lo cual fallece el peatón. La conducta infractora del deber objetivo de cuidado fue trasgredida por la propia víctima, colocándose en una situación riesgosa al no hacer uso del puente peatonal, incrementando el riesgo y generando un resultado lesivo bajo circunstancias que la norma no pretendía evitar<sup>205</sup>.

Este ámbito de responsabilidad de la víctima no se manifiesta únicamente en un acto precedente a la acción lesiva, sino posteriormente. Verbigracia, cuando A luego de haber sido herido por un proyectil de arma de fuego y ser atendido médicamente en un hospital, descuida las recomendaciones de reposo e ingiere eventualmente los medicamentos que se le recetaron con el propósito de evitar una posible septicemia, lo que finalmente ocurre ocasionándole la muerte; o bien, la persona que se halla en tratamiento por una infección cutánea, lejos de acatar lo prescrito por los médicos, descuida absolutamente la higiene de una herida, agravando su salud. Esto nos hace concluir que, tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor.

BUSTOS RAMÍREZ analiza los intentos de constituir una categoría dogmática alrededor del comportamiento de la víctima. En cuanto a la relación entre "victimo-dogmática y tipicidad" y al surgimiento del principio de autorresponsabilidad, conforme el cual, según Bustos "La víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte", esta idea es el planteamiento victimológico de la criminología positiva. Bustos Ramírez reconoce que "si uno parte de que el derecho penal es "extrema ratio o última ratio", podría estimar que deben quedar fuera de él todos aquellos comportamientos en que el tipo penal aparece aplicable sólo en razón de una coparticipación de la víctima. No hay duda de que sería una forma de limitar la intervención punitiva del Estado y podría aparecer como progresista"<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, Hugo R. *Contenido del injusto penal culposo: la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia.*; el cual concluye, Este modo de discernir, si una acción se encuentra revestida de culpa o imprudencia, se ha dejado ver en la jurisprudencia peruana, cuando se ha indicado que "no existe violación del deber objetivo de cuidado en la conducta, ya que éste [procesado] conducía su vehículo a una velocidad prudente y razonable, coligiéndose por ende que su actuación no generó ningún riesgo, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro del propio agraviado, quien debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo...", apreciándose claramente la mención del ámbito de responsabilidad de la víctima.; *passim*.

<sup>206</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan. *"Victimología: presente y futuro"*. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993., pp. 4 - 6., empero, Sin embargo, ello no es aceptado por el profesor chileno: "El

CANCIO MELIA, precisa que se trata de "introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica... aquí se dejarán fuera de consideración las figuras delictivas con las que -como en la omisión del deber de socorro- se pena la infracción de un deber de solidaridad y no una efectiva lesión de la víctima. Tampoco se pretende entrar en la discusión relativa a aquellas infracciones en las que en su tipificación en la Parte Especial introduce de algún modo una descripción de la conducta relevante de la víctima, como son, por ejemplo, los delitos de intervención en un suicidio ajeno, el delito de estafa. El centro de interés, por el contrario, esta en los delitos de comisivos de lesión y muy particularmente, en los de homicidio y lesiones"<sup>207</sup>.

A efecto de ilustrar lo dicho, podemos poner por ejemplos el caso de una persona X contrata a un pintor para que pinte las tejas que se encuentran ubicadas en un tercer piso en la parte externa de la fachada a la cual su acceso muy difícil, a pesar de que sabe que este ya es una persona de avanzada edad y no tienen el equilibrio necesario, por lo que este le ayuda y sacan las tejas tirándolas al primer piso dañando su vehículo que se encontraba estacionado en la cochera; o por ejemplo el subirse a un taxi apreciando que el conductor esta en estado de ebriedad y solicitándole que le lleve a una velocidad muy rápida ya que se encuentra muy apurado.

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por los que las consecuencias de un hecho delictivo puede recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha "actuado a propio riesgo" al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad. De estas dos posibles razones de cargo a al víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima, ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución de un hecho a alguien.<sup>208</sup>

---

Estado y el derecho pueden, por principio, para la protección de sus derechos, exigir a las personas que sean ellas mismas las que lo hagan, eso sería negar el reconocimiento de sus derechos y pasar nuevamente a la idea de que estos son otorgados y, por tanto, que se puede establecer un deber respecto de ellos a los ciudadanos, esto es, el de su protección, ya que son dados por otro. Por el contrario, el deber de protección es del Estado, en razón que se trata de derechos que ha de reconocer, pues son de los ciudadanos. El planteamiento victimo-dogmático alteraría la relación entre derechos y deberes en la interacción Estado y ciudadano, con múltiples consecuencias en todo el sistema penal". El planteo, a mi juicio, relativiza el enorme costo social de la intervención del derecho penal. Por el contrario, el Estado y el Derecho, en principio, deben relevar las reales posibilidades de las personas de proteger adecuadamente sus propios derechos, siempre y cuando ello no signifique una distorsión de la vida de relación y se trate del nivel protector que surge del paradigmático "hombre prudente". No sólo el autor debe comportarse de acuerdo a este parámetro, sino también la víctima., p. 9 - 11.

<sup>207</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Segunda Edición. Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 21.

<sup>208</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit, pp. 432.

### 3.1 AUTOPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Una competencia de la víctima que se sustente en el principio de auto responsabilidad solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo. Estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia de auto protegerse. Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no solo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parecen lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas.

La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o solo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo: de este modo, por ejemplo, si una empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usan según las instrucciones anexadas, los miembros de la empresa no responderán por el peligro generado del uso incorrecto del producto. Si el producto se muestra peligroso para los consumidores, se deberá a la infracción de incumbencia de autoprotección atribuida a estos, pero no a una infracción de competencia de los fabricantes. Una falta de claridad en las instrucciones del producto mantendría, por el contrario, las competencias del fabricante<sup>209</sup>.

El problema de la relación existente entre "comportamiento de la víctima" y definición del ilícito se encuentra en la dogmática penal desde hace bastante tiempo. Sucede que la cuestión ha ido apareciendo con diferentes caras, diversos nombres y en distintos momentos de la continua evolución y desarrollo de la tendencia que se ocupa de normativizar la fundamentación del injusto y que, en una de sus diversas acepciones se ha denominado "imputación objetiva"<sup>210</sup>.

Hoy no se podría decir con seguridad que cada una de las líneas de trabajo dogmático a las cuales aquí hacemos referencia se ocupan siempre de problemas distintos, sin embargo tampoco sería correcto afirmar que sólo han sido nombres que han designado de distinto modo, siempre, a la misma cuestión<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 433, 434.

<sup>210</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passim.

<sup>211</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan. *Victimología: presente y futuro*. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993., p. 11., considerando; Es por ello que se debe provocar la intensificación de los intentos de "reorganizar" la cuestión de la nomenclatura y de la identificación del verdadero problema político-criminal. La cuestión de la víctima en la dogmática penal quizá produzca la necesidad de enfrentarse de modo distinto a los problemas de definición del ilícito, quizá se note -ahora claramente- la importancia de ofrecer un "corte" diverso del problema, generando criterios transversales a los clásicos, a los cuales los juristas penales hacían mención a la hora de definir con alguna incomodidad a la "teoría de la imputación objetiva". Eventualmente, el



REYES AL VARADO, indica que: "En las acciones de propio peligro lo determinante no es tampoco una genérica aplicación del principio de autorresponsabilidad o la simple consideración de la capacidad que cada individuo tienen para autodeterminarse, sino la determinación de la competencia, pues en cuento dicha competencia recaiga sobre el titular del bien, solo él será responsable de los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan. Por supuesto que cuando se tienen la posición de garante respecto de incapaces se tienen también la obligación de impedirles actos o conductas que puedan acarrearles daños, pero ello es la lógica consecuencia de que en cabeza del garante este radicada la competencia para la evitación de dichos daños".<sup>212</sup>

GARCÍA CAVERO señala que existen ciertos recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor. Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima derivados de un rol especial del autor que mantiene su competencia por el hecho, aún cuando la víctima actúe a propio riesgo.<sup>213</sup>

### 3.2. CONSENTIMIENTO

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima. No obstante, actualmente se intenta dejar de lado este instituto jurídico penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee. Resulta pertinente referirnos a uno de las discusiones más relevantes sobre este tema: la relacionada con el consentimiento. La doctrina dominante identifica en el consentimiento una doble posición sistemática: el consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad y como excluyente de la tipicidad. En la primera consideración, consentimiento, se excluiría la antijuridicidad y sería en este caso una causa de justificación, pues "para el ordenamiento jurídico no existe motivo alguno para proteger bienes jurídicos que su titular conscientemente ha abandonado a la intervención de terceros"<sup>214</sup>. En el segundo punto de vista, denominado acuerdo<sup>215</sup>, la exclusión de la tipicidad se daría en los casos en los que el tipo legal presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado<sup>216</sup>.

---

desarrollo creciente de este tipo de criterios puede dar razón a aquellos que -entonces con más pesimismo que fundamentos- sostenían la incorrección o carencia de utilidad de la imputación objetiva como categoría conceptual... Una de las alternativas de aglutinación conceptual ha sido ofrecida por SCHÜNEMANN a través del principio victimo-dogmático. "Máxima interpretativa: sólo ha de subsumirse en un tipo penal una acción afectante de la posible o exigible protección de sí mismo de una víctima potencial", p. 12-14.

<sup>212</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, cit., pp. 168-169.

<sup>213</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, cit, pp. 435 y 436.

<sup>214</sup> DE LA GÁNDARA VALLE JO, Beatriz, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 68.

<sup>215</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, cit, p. 75, denomina a esta figura "conformidad".

<sup>216</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002, pp. 399-400.

Según GÜNTER JAKOBS: "puede que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio<sup>217</sup>.

Existe, por tanto, una competencia de la víctima." Se trata, ahora, de casos en los cuales, por ejemplo, la víctima mantiene "el dominio del hecho" -para decirlo con palabras propias de la teoría de la participación-. Un conocido grupo de casos reza muy similar al siguiente: "A" pretende envenenar a "B" mientras ambos se encuentran bebiendo en un Bar. "B" advierte la maniobra de "A", pero finge no darse cuenta e ingiere de todos modos la bebida envenenada en la convicción de que "A" tiene buenas razones para pretender matarlo, debido a ciertos daños de todo tipo que el le ha realizado durante toda la vida. "B" muere inmediatamente. O el caso todavía mas conocido: "X", enterado de un intento de fraude de "Y", lo visita en altas horas de la madrugada, con la idea de conversar y de, al retirarse de la casa de "Y", pasar por la cocina, prender las llaves de gas y así asfixiarlo. "X" realiza la acción planeada, pero "Y", debido al fuerte olor que se desprendía, se levanta y advierte la acción de "X". Sin embargo, "Y", profundamente arrepentido por sus permanentes actitudes inmorales y por haber provocado semejante acción en su amigo, decide que las cosas continúen como han sido planeadas y deja abiertas las llaves de gas, muriendo mas tarde<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passim.

<sup>218</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan. *Victimología: presente y futuro*. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993., p. 23-24., añadiendo, Son supuestos en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos y este ejercicio de autoprotección ser, incluso, efectivo. Esta lesión de deberes de "autoprotección" es agrupada a menudo en el rótulo de "actuación a propio riesgo".. Por último, la clásica participación de la disposición de la víctima en la dogmática penal se ha manifestado siempre a través del consentimiento como elemento negativo del tipo -generalmente denominado acuerdo- y como circunstancia justificante -generalmente denominado consentimiento "stricto sensu"-.

33 Independientemente de que este seccionamiento sistemático del funcionamiento de la exigente pueda no ser razonable, se trata en todo caso de que en la definición del ilícito y su exclusión la víctima puede disponer de los bienes jurídicos en juego y con ello anular o evitar la contrariedad de la acción del sujeto activo con el ordenamiento jurídico... Ya habíamos afirmado que en verdad no hay ninguna diferencia sustancial, en todo caso de bienes jurídicos disponibles, que justifique la distinción realizada entre acuerdo y consentimiento. En uno y otro caso está en juego, para decirlo con palabras de Günther Jakobs, el respeto a un ámbito de "organización" propio del sujeto pasivo. Como hemos dicho en otra ocasión: "el dominio autónomo del autorizado" no debe ponderarse con el bien material mismo, sino que justamente es el criterio que sirve de contorno al tipo penal... La tendencia más razonable se vincula con un aumento gradual de las posibilidades de disponer sobre el futuro del bien jurídico que tiene su dueño... Es de una sana política criminal que allí donde el sujeto pasivo de la conducta posiblemente ilícita manifiesta su consentimiento en relación al accionar dirigido a la "lesión" del bien, el derecho penal no debe poder reclamar ningún ámbito de participación... En este sentido se deben plantear algunas dudas sobre la racionalidad de categorizar a un conjunto de bienes jurídicos, como indisponibles. No deberían existir bienes indisponibles evaluados desde una óptica externa a la relación entre el titular y el bien. Se trata en todo caso de bienes que tienen una titularidad definida y, con ello, pertenecen al ámbito del dominio autónomo del titular. Y, por el contrario, bienes cuya titularidad se encuentra fragmentada -colectivos-. Los únicos

GARCÍA CAVERO, considera que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entenderse como un dato psíquico y considerarlo, mas bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.<sup>219</sup>

Según CANCIO MELIA este aparece en varias construcciones dogmáticas que difieren entre si. Estas aproximaciones no solo difieren entre si en cuanto a la circunstancia de la utilización o no del concepto de "consentimiento", sino también en cuanto a la ubicación de la respectiva construcción en la teoría del delito (y las consecuencias que esta ubicación ha de tener respecto del marco teórico de los posibles efectos jurídicos de la intervención del sujeto lesionado que esto conlleva) y en cuanto a la intensidad de implicación (subjetiva) de la víctima que se estima necesaria para atribuir efecto exoneratorio respecto del autor al comportamiento de la víctima.<sup>220</sup>

En primer lugar, una corriente de opinión tradicional se inclina por seguir considerando el consentimiento como una "causal de justificación", un segundo grupo de autores trata al consentimiento como una "excluyente de tipicidad" y finalmente, un tercer grupo considera que existen eventos en los que el consentimiento excluye la tipicidad pero también hipótesis en las cuales él actúa como causal de justificación.

CANCIO MELIA señala que "la ubicación en el ámbito de la justificación conduce a un peculiar entendimiento del proceso de verificación de la validez del consentimiento ... para determinar si el consentimiento puede justificar el comportamiento arriesgado, debe ponderarse en cada caso cuáles son los motivos y las finalidades de la actividad realizada, mas concretamente, si esta debe considerarse "racional". Los criterios para realizar esta ponderación siempre implican una consideración bastante detallada del contexto en el que se realiza el comportamiento.<sup>221</sup>

REYES AL VARADO se sitúa entre los que defienden la tesis del tercer grupo y señala que "Este criterio es correcto, debido a su compatibilidad con una teoría del delito como la defendida; ya que mientras el riesgo permitido comprende la forma general de comportamiento social válido, el estado de necesidad justificante es una excepcional permisión conferida en razón de especiales circunstancias individuales. Pues bien, con fundamento en estas mismas consideraciones resulta válido afirmar que el consentimiento excluirá la

---

bienes legítimamente indisponibles son aquellos que carecen de una titularidad personalmente definida.., p. 25.

<sup>219</sup> GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 434.

<sup>220</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 147.

<sup>221</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducía de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit, p. 152.

tipicidad cuando su presencia haga de una conducta una forma válida de actuación social que o defrauda las expectativas de comportamiento, pues el consentimiento actuara como causal de justificación cuando solo una ponderación de intereses efectuada en relación con las especiales circunstancias individuales del autor permitan inferir la existencia de una "permisión especial del comportamiento". Ejemplificando la situación señala que "quien permite que otro le corte el cabello da lugar a una actuación socialmente irreprochable en la que el consentimiento funcionara como excluyente de tipicidad, mientras quien consiente en la amputación de un brazo suyo no esta autorizando un hecho frecuente y normal, sino una forma de actuación que solo en determinadas circunstancias es justificada; por ello quien por desprecio hacia la vida consiente en que alguien le cercene un brazo no excluye con su aquiescencia la reprochabilidad de la conducta del tercero, pero quien al debido progresivo avance de una gangrena admite que quirúrgicamente le sea cercenado el brazo habrá producido un consentimiento que justifica la actuación del médico, la cercenación del brazo en ambos ejemplos es idéntico, sin embargo, las consecuencias jurídicas son diversas, solo si la justificación del hecho se deriva de una ponderación de intereses efectuada en relación con la situación del autor. Por consiguiente, cuando alguien actúa cobijado por un consentimiento excluyente de tipicidad no genera con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado, como ocurre en el caso del peluquero que corta el cabello de sus clientes, o del jardinero que corta las plantas o el césped de un jardín, o del medico que recata anticonceptivos, o del abogado, político o médico que por incumplimiento de sus compromisos mantiene a sus clientes por largo tiempo en las salas de espera de sus oficinas".<sup>222</sup>

ROXIN señala que: "la idea del consentimiento también aparece en cierta medida, en muchas de las construcciones dogmáticas recientes entre la "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida", de modo expreso o tácito cuando se exige que es presupuesto de la aplicación de la mencionada construcción que la víctima "conociese" o "abarcase" la situación de riesgo.

Esta exigencia de alguna forma de consentimiento como elemento de la solución dogmática esta conectada con la base normativa -tacita o expresa- de estas concepciones en un principio de "auto responsabilidad", entendido de una determinada manera, es decir, en el sentido de concebir tal auto responsabilidad de la víctima únicamente sobre la base de supuestos en los que de algún modo tiene lugar algún tipo de "renuncia" consciente por parte del titular del bien que posteriormente se convierte en víctima (10).

GARCÍA CAVERO, señala que "el uso del consentimiento en la teoría de la imputación subjetiva ofrece todavía ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entenderse como un dato psíquico y considerarlo, mas bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad". El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en el caso de

---

<sup>222</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, cit., p.166.

realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima<sup>223</sup>.

Un sector de la doctrina ha planteado que puede ser suficiente para exonerar al autor que la víctima haya consentido tan solo en la acción peligrosa, sin que sea necesario, por lo tanto, que se produzca consentimiento respecto de las posibles consecuencias del riesgo.

Esta solución ha de ir acompañada de una ampliación del ámbito de la institución del consentimiento en delitos imprudentes frente al delito doloso, es decir, a una valoración en todo caso dependiente de la actitud "interna" del autor y necesariamente a un tratamiento diferenciado del consentimiento en delitos dolosos e imprudentes.<sup>224</sup>

Por su parte DOLLING habla del consentimiento "cualificado", quien parte de la diferenciación entre la participación de una autolesión y la heterolesión consentida. Para este autor en estos supuestos ha de tenerse en cuenta que deben ponderarse, por un lado, la autodeterminación de la víctima (que en su opinión puede tener como consecuencia en algunos supuestos de heterolesión consentida el comportamiento del autor no merezca pena) y la protección de bienes jurídicos. Excepcionalmente podrá producirse una justificación del comportamiento del autor cuando los valores inherentes al ejercicio de la autonomía de la víctima, incluyendo el valor de los fines perseguidos con la actividad desarrollada sean superiores al desvalor de la producción imprudente de la muerte.<sup>225</sup>

### **3.3 TRATAMIENTO DOGMÁTICO DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA**

A través del tiempo se han dado diversos tratamientos al aspecto dogmático en cuanto al comportamiento de la víctima. Según el tratadista CANCIO MELIA en un "modelo de tipos ideales" se podrían distinguir tres aproximaciones del comportamiento de la víctima:

- UN PRIMER MOMENTO, en el que se niega relevancia a la conducta de la víctima en el plano objetivo, y solo excepcionalmente se admite que la conducta de la víctima puede hacer desaparecer la previsibilidad de la lesión o el riesgo.
- UN SEGUNDO MOMENTO, en el cual se intenta recoger la influencia del comportamiento de la víctima a través de la teoría de la causalidad. Esta impera en la praxis jurisprudencial española con su doctrina de "conurrencia de causal de culpas". Esta es la línea en la cual también se pueden enmarcar las aproximaciones al problema existente en los ordenamientos anglosajones.

---

<sup>223</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, cit., pp. 434-435.

<sup>224</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., pp. 157, 158.

<sup>225</sup> DOLLING, citado por CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 160.

- UN TERCER MOMENTO, en el cual se reconoce abiertamente la intervención de la víctima como problema específico, pero aún no se lleva a cabo un desarrollo en profundidad, sino que se le sitúa sistemáticamente en el elemento del deber objetivo de cuidado con el marco del delito imprudente o -de modo genérico- como problema de la imputación objetiva del resultado.

Señala el mismo autor que "estos tres tipos ideales ni se suceden de modo absolutamente lineal ni aparecen, en la mayoría de las ocasiones, en estado puro. Por el contrario, los argumentos se entrecruzan y se aducen en distintas fases temporales. En este sentido, al aludirse en este punto a las "primeras aproximaciones, lo que se quiere decir es que, son las primeras construcciones desde el punto de vista conceptual del desarrollo sucesivo de instrumentos dogmáticos adecuados para aprehender la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación, dicho de otro modo se trata de las aproximaciones menos específicas"<sup>226</sup>.

### 3.4. CONCURRENCIA DE CULPAS O DE CONDUCTAS Y CAUSALIDAD

En primer lugar, en la dogmática penal se habla desde hace bastante tiempo de "compensación de culpas". Con ello se hace referencia a que, en ocasiones, el resultado disvalioso es co-determinado por un accionar imprudente de la propia víctima. Los ejemplos son claros: a menudo, en el tráfico automotor, la muerte de una persona es debida a la imprudencia del conductor, pero también a su propio actuar negligente. Aquí acción negligente del autor e imprudencia de la víctima son ambas configurantes del resultado<sup>227</sup>.

Esta construcción dogmática se ubica en el ámbito de la causalidad y fue adoptada por la jurisprudencia española a partir de la década del setenta, en la cual la víctima aparece expresamente como factor en la valoración de la conducta del autor, admitiéndose que en ciertos casos se debe valorar en el plano causal la concurrencia de culpas o de conductas de víctima y autor. Sin embargo, desde que el problema de la imputación a nivel de la fundamentación del ilícito se evalúa desde el prisma normativo, la consideración de la cuestión ha variado sustancialmente: hoy en día está fuera de discusión la necesidad de ponderar las aportaciones de cada protagonista del conflicto penal. Con lo cual,

---

<sup>226</sup> CANCIO MELIA, Manuel, Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal, cit., pp. 95 y 96.

<sup>227</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimodogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., empero, considera; Durante los años posteriores a la instalación del lema "compensación de culpas" la doctrina y la propia jurisprudencia (sobre todo en España) negaban toda posibilidad de otorgar alguna relevancia al fenómeno para la definición de la ilicitud. En general, se sostenía que la llamada "compensación de culpas" tenía un claro origen ius-privatista y sólo en ese ámbito debería tener alguna incidencia. En esta línea sólo aparecían las opiniones disonantes, aunque absolutamente importantes, de KARL BINDING y FRANCESCO CARRARA, que opinaban que la "culpa de la víctima", llegado el caso, podría tener la capacidad sistemática de excluir la responsabilidad del autor. Aunque en base a criterios y fundamentaciones diversas, para decirlo con las palabras de Ángel TORÍO LÓPEZ: "mientras la tesis de BINDING destacaba que no puede ser valorada de igual forma la plena causación que la causación con otro, es decir, con la víctima, el punto de vista de CARRARA parte de la finalidad de la pena, es decir, considera que la hipótesis de compensación de culpa son casos en que la imposición de pena es innecesaria"., passim.

se abre a la reflexión el problema principal, es decir, la elaboración de los criterios que permitan racionalizar y resolver político-criminalmente esta ponderación<sup>228</sup>.

La pregunta a responder es: ¿que puede significar en cada caso el accionar descuidado de la víctima?, ¿Cual será su significación dogmática?. Por ejemplo, en ocasiones, el comportamiento imprudente de la víctima puede generar, directamente, que el suceso sea imprevisible para el autor, y con ello, la posible conducta imprudente termine por no violar ningún deber objetivo de cuidado. Pero, como es sabido, la previsibilidad objetiva es un elemento necesariamente fundante del ilícito culposo, con lo cual se ha planteado que este tipo de supuestos no se vincula a lo que estrictamente puede denominarse "compensación de culpas" debido a que aquí, no hay ninguna conducta culposa del autor, el sujeto activo no coloca en el supuesto de hecho ninguna culpa que compensar<sup>229</sup>.

Con respecto a la causalidad QUINTANO RIPOLLES señala que "se trata no de una cuestión de constatación fáctico-natural de una determinada relación de causa-efecto", sino de un problema normativo, a resolver "aquilatando los deberes de cada cual", por lo que la ubicación de la cuestión en el ámbito de la causalidad es incorrecta desde el punto de vista de la teoría de la causalidad, pero responde evidentemente a consideraciones normativas, a la necesidad de valorar de algún modo en el sistema de imputación el hecho de que la víctima ha contribuido de manera en cierta medida relevante al daño<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan. "*Victimología: presente y futuro*". Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993., p. 18.

<sup>229</sup> Ibidem., p. 19., empero, nos manifiesta; Sin embargo, la objeción se ha dejado encandilar por lo menos importante, y no advierte que, en realidad, en los casos que se han planteado, la actuación de los dos protagonistas del caso penal funciona como un sistema de "vasos comunicantes", en el sentido de que si eventualmente el sujeto activo no ha actuado imprudentemente, esa definición dogmática viene justamente después de aquella que le otorga relevancia sistemática a la imprudencia de la víctima. También se ha intentado independizar los casos de "compensación de culpas" de los supuestos abarcados en el "Principio de confianza", con similares argumentos a los expuestos en el párrafo anterior, según TORÍO LÓPEZ: "En todos estos casos nos encontramos fuera del ámbito propio de la llamada compensación de culpas. Cuando falta la previsibilidad general del resultado, o este acontece dentro del marco del principio de confianza, no puede hablarse de una acción culposa del autor y, en consecuencia, nada habría que compensar"., cit., p. 20-23.

<sup>230</sup> QUINTANO RIPOLLES, citado por CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, ob. cit, pp. 108 y ss. En ese sentido, también; GIL SALDAÑA, M<sup>a</sup> Àngels Vallas, *avisos y culpa exclusiva de la víctima*. Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra. InDret. Barcelona. 2004; al concluir; El resultado dañoso se debió "única y exclusivamente" a la actuación negligente o imprudente de la víctima, por lo que sólo se podía imputar "al propio lesionado o a las personas encargadas de su guarda y custodia" En esta materia se advierte que, para que la culpa de la víctima opere como causa excluyente de la responsabilidad del agente del daño, debe ser la única, total y exclusiva generadora del daño... Sin embargo, existen casos en que a pesar de que la conducta de la víctima no es la única causa del daño (pensemos, en este caso, por ejemplo, en el deber de vigilancia que incurriría a los empleados de la constructora...), resulta de tal magnitud que absorbe la culpa del eventual responsable (L. F. REGLERO)... Por otro lado, la regla de la culpa exclusiva también supone que el incumplimiento por parte del empresario del deber de informar o de avisar sobre situaciones de riesgo no debe generar responsabilidad si esa situación arriesgada es fácilmente perceptible por una persona normal., cit., p. 16-19.

Por otro lado, desde el punto de vista anglosajón, en cuanto a la intervención de la víctima, se refiere a un punto de vista metodológico muy similar al señalado. Tal como señala CANCIO MELIA, en ésta se niega cualquier relevancia a las doctrinas paralelas a la compensación de culpas, utilizadas bajo los rótulos de "*contributory negligence*" y "*contributory fault*" en el derecho de daños.

Señala CANCIO MELIA que "la evolución de la doctrina y jurisprudencia han conducido a una valoración -realizada aquí también en el ámbito de la causalidad- de la conducta de la víctima, argumentando que esta pueda convertir a la lesión inicial en una "causa demasiado remota". En ese sentido, se dice en algunos sectores doctrinales que especialmente un comportamiento "voluntario" de la víctima pueda interrumpir la relación de causalidad. También se ha sostenido que si la conducta de la víctima es "anormal" o "no razonable", es ésta la "única causa" del daño o, formulándolo desde la perspectiva del autor, que teniendo en cuenta la conducta de la víctima, la del autor no sería una causa "suficientemente directa"; todo ello con evidente paralelismo a la doctrina continental de la "interrupción del nexo causal" a la que antes se ha aludido como fase anterior a la jurisprudencia en materia de concurrencia de culpas".<sup>231</sup>

Las distintas aproximaciones dogmáticas con respecto a la problemática de la intervención de la víctima, aparece en la discusión en cuanto a la referencia a que la conducta de ésta debe ser "auto responsable" o "autónoma", para que pueda adquirir relevancia en la valoración jurídico penal del comportamiento del autor. Según Frisch, "la auto responsabilidad es un concepto altamente normativo que es utilizado en la discusión actual de una forma encubierta en múltiples sentidos, y que por consiguiente, implica riesgos considerables para la igualdad y la seguridad jurídicas".<sup>232</sup>

Agrega CANCIO MELIA, que podemos apreciar que existen dos acepciones distintas en cuanto a la responsabilidad:

1 LA PRIMERA, para hacer referencia a los fundamentos normativos que están en la base del tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, es decir, para designar las ases fundamentadas de un ámbito de responsabilidad de esta, siendo esta acepción la que nos interesa en el presente capítulo.

2 LA SEGUNDA, para aludir a un carácter operativo, es decir, la determinación de los criterios concretos para decidir si una víctima concreta en una situación concreta reúne las características personales necesarias para que pueda afirmarse que su conducta ha sido responsable y que, por ello, debe influir en la valoración jurídico penal del comportamiento del autor, de la cual se tratara en el resultado de la acción.

---

<sup>231</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., pp. 113y 114.

<sup>232</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 262.



En definitiva, superada la ubicación del grupo de casos relacionados con la concurrencia de culpas en el ámbito puramente causal, pues no se trata únicamente de determinar si concurre o no esta clase de relación (causal), es correcto ubicar la problemática como un problema normativo relativo a la valoración jurídico penal de la intervención de autor y víctima en la producción de un determinado suceso lesivo. Esta delimitación normativa, al fin y al cabo, no busca sino hallar criterios adecuados para una adecuada determinación de la esfera de competencia del autor, la víctima u otro sujetos que con su acción concurren en la producción de un resultado perturbador.

No obstante; últimamente se ha definido el problema en tres niveles o grupos de casos básicos<sup>233</sup>:

1. El autor genera un riesgo jurídico-penalmente relevante. Existe un nivel razonable de previsibilidad pero la víctima crea, en forma paralela, un riesgo para sus propios bienes jurídicos.
2. El autor crea un riesgo típicamente relevante y concurre una autopuesta en peligro de la víctima que aumenta el riesgo creado por el sujeto activo.
3. El autor genera un riesgo relevante que no se materializa en el resultado, ya que este es consecuencia únicamente del accionar de la víctima.

### **3.5 PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA**

ROXIN hace una diferenciación en cuanto a que la autopuesta en peligro es impune, ya que en este caso la víctima domina el riesgo; mientras que en la heteropuesta en peligro consentida, el sujeto se expone al riesgo emanante de otro siendo consciente de esta situación. Como ejemplos de autopuesta en peligro, podemos citar la competencia de motocicletas o de entrega de estupefacientes, y en el grupo de heteropuestas en peligro consentido, podemos citar el caso del barquero o el del copiloto. Sin embargo, también existen casos en que la heteropuestas en peligro equivale a una autopuesta en peligro y por ello debe ser impune, debiendo concurrir en este caso los siguientes requisitos: 1) que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; 2) que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido y no de otro distinto; 3) quien es puesto en peligro debe ser "igualmente responsable" del acontecer que quien genera el riesgo.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passim.

<sup>234</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 181.

REYES AL VARADO<sup>235</sup>, por su parte, señala que las conductas por las cuales la propia víctima se coloca en peligro son actuaciones desarrolladas por él mismo, el consentimiento solo opera en aquellos eventos en los cuales un tercero es quien crea el peligro para la víctima; en otras palabras, el autopeligro supone siempre creación del riesgo por parte de la propia víctima, mientras el consentimiento supone la conformidad de la víctima con una actuación riesgosa que siendo lesiva para él provienen de un tercero. De esta manera quien jugando a la ruleta rusa acciona el gatillo de un revólver que cargado con un solo proyectil apoya contra su cabeza, ejecuta una acción peligrosa para él, sin que desempeñe aquí ningún papel la figura del consentimiento. Por el contrario, si en una variante del mencionado juego se permitiera que un tercero accionase el gatillo del arma que se apoya contra la cabeza de la víctima. No sería esta última la que ejecutaría la acción riesgosa, de manera que no se colocaría él en situación peligrosa sino que consentiría en el riesgo que la conducta de un tercero genera para su integridad personal, aun cuando en el ejemplo propuesto el consentimiento sería ineficaz por estar referido a un bien jurídico indisponible; solo en estos últimos eventos, donde la conducta dañosa es producida por un tercero, puede hablarse de la existencia de un consentimiento, de manera de que quien lanza su propio jarrón contra el suelo para destrozarlo crea su propio riesgo, mientras que quien permite que otro destruya bienes de su propiedad no genera el peligro sino que conciente en él. Sin embargo, este planteamiento teórico supone una previa diferenciación entre las situaciones entre las cuales existe un autopeligro y aquellas en que se generan riesgos para terceras personas, lo cual no es siempre sencillo.

REYES ALVARADO también coincide con esta opinión y de igual forma señala que en "los casos de participación impune en las acciones temerarias de otros no pueden ser resueltos mediante consideraciones puramente causales, ni con las reglas el consentimiento, pues mientras que las conductas por medio de las cuales la propia víctima se coloca en peligro, son actuaciones desarrolladas por el mismo, el consentimiento solo opera en aquellos eventos en los cuales un tercero es quien crea el peligro para la víctima; en otras palabras, el autopeligro supone siempre la creación del riesgo por arte de la propia víctima, mientras el consentimiento supone la conformidad de la víctima con una actuación riesgosa que siendo lesiva para él provienen de un tercero. Para salvar esta dificultad se recurre a la teoría del dominio del hecho, afirmando que aquella persona que ha puesto la última condición irreversible del resultado es quien ha desarrollado el hecho jurídicamente relevante, de esta manera, si quien pretende suicidarse ha colocado la última e irreversible condición para su muerte, la participación de un tercero en dicha actuación debería ser considerada como una participación impune, salvo la responsabilidad que en países como en Colombia ase derive de la existencia misma de una disposición que sanciona toda participación en el suicidio. Por el contrario, de acuerdo con este criterio sería punible a participación de un tercero en un suicidio cuando no haya sido la víctima sino el propio tercero quien haya puesto la última e irreversible condición de la muerte. Se trata de un criterio marcadamente naturalístico que al hacer depender la responsabilidad penal de la existencia de

---

<sup>235</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., pp. 174 y 175.

un último movimiento podría resultar compatible con sistemas penales de marcada tendencia naturalista como lo fueron el causalismo y el finalismo.<sup>236</sup>

De otra manera también se puede tomar desde una perspectiva normativa, la cual solo se constituye en una cuestión fenomenológica, por ejemplo, el caso del médico enfermo que le pide al ama de llaves que le abra la ventana para que se ventile el dormitorio, muriéndose de una neumonía. Aquí habría que preguntarse si la ama de llaves es competente para responder de esta acción, porque el médico tenía conocimiento de su mal, y la ama de llaves podría aducir que no estaba a cargo de velar por su salud y que solo obedecía ordenes. Esta tiende a no castigar al ama de llaves ya que quien impuso la última causa no es importante, sino quien era competente para ello. Aquí entra en juego el principio de la autoresponsabilidad.

### **3.6. LA REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA INTERVENCIÓN EN UN SUICIDIO AJENO COMO NORMATIVA ESPECIAL**

La valoración jurídico penal del ámbito de auto lesión (sin interacción con otros), se entiende como base del enjuiciamiento de aquellos casos en los que concurre interacción. Una eventual auto lesión de la punición constituye una inacción del estado a la esfera privada de la moral, carente de fundamento en un ordenamiento jurídico moderno, dentro del cual se incluye el suicidio. Pero el ordenamiento jurídico penal si incrimina la conducta de quien interviene junto a otro en el suicidio de este.<sup>237</sup>

De la existencia de las normas incriminadas se han extraído dos consecuencias: la primera que, la vida es un bien jurídico indisponible y aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a quien resulta lesionado<sup>238</sup>.

En segundo lugar, que la estructura de la incriminación de las modalidades de intervención en un suicidio debe ser el punto de partida también en otro plano: en el de la ejecución. Esta ha sido desarrollada por la doctrina alemana sobre la base de la limitación de la punibilidad a la ejecución por parte del tercero: partiendo de la atipicidad de la autolesión / autopuesta en peligro se sostienen que también la participación en esta ha de ser impune. Por el contrario, cuando la conducta del tercero sea de ejecución-autoría, se tratara, en principio de un comportamiento punible... algún autor sin embargo, ha sostenido a diferencia de argumentación mas bien formal acabada de expresar, que en realidad la diferenciación en la esfera de la ejecución responde a diferencias cualitativas.

En este sentido ZACZYK plantea que la determinación tomada en el sentido de incluir en el ámbito penal solo los supuestos de ejecución del suicidio por parte

---

<sup>236</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, cit, pp. 174. 175.

<sup>237</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 44.

<sup>238</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 45.

del tercero, no supone una mera "tabuización específica" elegida por el legislador, sino que contienen una "diferenciación jurídica fundamental" entre el comportamiento de la víctima en su propio ámbito (en el que el tercero solo participa) y el comportamiento en el que la lesión no se produce exclusivamente dentro de la esfera de esa libertad. En ese sentido, la argumentación de ZACZYK es inversa a la del "argumento de la participación" utilizado por los partidarios de distinguir en el ámbito de las conductas arriesgadas entre "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro"<sup>239</sup>.

### 3.7. IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA - RASGOS ESENCIALES

#### 3.7.1 Definición

CANCIO MELIA, señala que "cuando el titular de un bien jurídico (víctima) junto con otra persona (autor) realizan una actividad que puede desencadenar en una lesión del bien jurídico, la actividad generada del riesgo debe ser imputada al ámbito de la responsabilidad preferente de la víctima si es que:

- a) La actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por ambos.
- b) Si la conducta de la víctima no ha sido instrumentalizada por el autor.
- c) Si el autor no tiene un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima<sup>240</sup>.

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, pensamos que existirá imputación al ámbito de su competencia<sup>241</sup>. La jurisprudencia peruana, excluye de la imputación objetiva los supuestos en los que la creación del riesgo no recae en manos del sujeto activo sino de los mismos sujetos pasivos: *Caso del Festival de Rock: "Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos 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*

---

<sup>239</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., pp. 44 a 47.

<sup>240</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 286.

<sup>241</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., p. 15.

*contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo*<sup>242</sup>.

### **3.7.2. Imputación no accesoria**

La imputación de la actividad de la víctima no se refiere a sus aportaciones materiales CANCIO MELIA señala que "puede haber tantos supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño este se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente en los posibles daños a su proa ámbito de responsabilidad".<sup>243</sup>

### **3.7.3. Imputación objetiva**

Cuando ya se han establecido la actividad conjunta efectuada por la víctima se produce en términos objetivos. El riesgo es creado conjuntamente por el autor y la víctima, por lo que carece de sentido preguntarse de las representaciones subjetivas de cada uno de ellos, esto no significa que carezca de relevancia a la hora de determinar la acción conjunta.

Puede haber casos en los que la víctima no tenga conocimiento del riesgo (entrega de estupefacientes o caso de aguardiente) sin embargo, el suceso se le imputa de todos modos a su ámbito de responsabilidad, pues estas actividades no pueden ser interpretadas sin el riesgo de los daños.

Al igual si una persona mantiene relaciones sexuales con otra que se dedica a la prostitución y se contagia de una enfermedad venérea, es indiferente que la víctima conozca o no que era portadora de dicha enfermedad, pues la actividad conjunta realizada -contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales con gran número de personas- conlleva el riesgo del contagio de una enfermedad de transmisión sexual. El hecho de que la víctima en su mundo interno decida desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del otro sujeto. La conducta de la persona que se prostituye no es típica de un delito de lesiones, por lo que el suceso debe imputársele a la víctima. Por otro lado, el hecho de que el autor tenga una disposición psíquica determinada, por ejemplo desee que todos sus clientes mueran o que el bienestar de estos les sea

---

<sup>242</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., cit., p. 16.

<sup>243</sup> CANCIO MELIA, Manuel; *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 287.

indiferente, es intrascendente y no puede variar la conducta como atípica.

### **3.7.4 Organización conjunta**

A fin de poder atribuirse al ámbito de responsabilidad de la víctima la imputación de la actividad arriesgada que produce el daño, esta debe producirse mediante la organización conjunta del autor y la víctima, la cual no debe ser entendida como compartida, sino que puede ser de diverso peso e ir desde una comunicación (tanto por parte de la víctima como del autor), hasta llevar a cabo directamente la actividad arriesgada.

En este ámbito tampoco es relevante el deseo interno de estos, sino que la interacción entre ambos produzca un contexto común de un mismo significado objetivo, el cual se encuentra determinado por patrones normativos. Sólo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima.

Por otro lado, cada actividad implica un riesgo y nadie puede ser exonerado de estos, sin embargo se debe determinar en que momento esta depende de la víctima y en cual ya no depende del arbitrio de estos, por ejemplo el que interviene en una competencia irregular de motocicletas no puede reclamar por los riesgos asumidos por él a quien interviene junto a él.<sup>244</sup>

Existen casos en que la actividad generadora del riesgo no responde a la organización conjunta, por lo que las posibles lesiones no podrán ser imputadas al ámbito de la responsabilidad de la víctima:

#### **a. Extralimitación de la organización conjunta**

Cuando la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo en el contexto común o cuando la situación de hecho contiene un factor de riesgo que no pertenece a la organización conjunta.

#### **b. Deberes de cuidado en la organización conjunta**

Tampoco podrá imputársele cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas en las cuales se deba controlar ciertos elementos del riesgo y sea uno de estos los que generen el riesgo que produce la lesión.

## **3.8. CONTEXTO SISTEMÁTICO**

---

<sup>244</sup> CANCIO MELIA, Manuel, Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal, cit., pp. 335 a 337

La imputación a la víctima se enmarca dentro de la tipicidad objetiva y dentro de ella en la imputación del comportamiento.

Algunos autores con respecto a la imputación de la víctima hablan de "deberes de auto protección", por parte de esta para determinarle la adscripción del suceso y en cierto modo llevan implícita la idea de una infracción de deberes por parte de la víctima (imprudencia). Pero en ninguna norma penal se tipifica esta conducta, por lo que "el único contenido que razonablemente puede corresponder -aun desde la perspectiva interna de las propuestas de quienes utilizan esa terminología- a los "deberes de auto-protección", es el de sumir sintéticamente los presupuestos -con independencia de cómo estos hayan sido configurados en la concreta propuesta dogmática- bajo los cuales la interacción entre víctima y autor resulta imputable al ámbito de la responsabilidad de la víctima.. Desde la perspectiva adoptada: los presupuestos bajo los cuales la interacción entre la víctima y autor se presenta en atención a la concurrencia de una organización conjunta, como asunto de la víctima. NO se trata, por tanto, de la existencia de "deberes" para la víctima. Precisamente, de lo que se trata es de hacer vales en la imputación jurídico penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima. Parece preferible, entonces, renunciar también a esta terminología".<sup>245</sup>

Por lo expuesto, se deduce que "la imputación a la víctima debe considerarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de imputación objetiva: la imputación del comportamiento o de la conducta. En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor".<sup>246</sup>

La Teoría de la imputación objetiva puede concebirse -en lo que se refiere a su primer nivel, la imputación del comportamiento- como una serie de instituciones dogmáticas cuyo orden de análisis viene determinado por una progresiva incorporación de elementos de contexto y cuya función, en última instancia, es la de delimitar ámbitos de responsabilidad.

La imputación a la víctima implica imputarle el suceso arriesgado al ámbito de su responsabilidad debiendo previamente analizarse si esta conducta se encuentra cubierto por un riesgo permitido o puede ser desvinculada del posterior desarrollo lesivo por no estar conectada objetivamente con este (prohibición de regreso) vinculada.

JAKOBS manifiesta que "en lo que concierne al lado de la víctima, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento demuestra ser tan insuficiente como de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo. Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor de partirse no de un suceso psíquico, sino de alguno normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o,

---

<sup>245</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 304.

<sup>246</sup> CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, cit., p. 306.

precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto de vista normativo en el lado del autor.

Agrega que "incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol<sup>247</sup>.

Podemos citar como ejemplos: el caso del automovilista que circula respetando todas las reglas técnicas y de prono se cruza un peatón o el caso del médico que suspende determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que mantienen vivo al paciente, este es lícito cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas médicamente, aunque al desconectar los aparatos tenga efectos causales respecto a la muerte del paciente, ya que el médico se mantiene dentro de su rol.

### **3.9. CASOS PARTICULARES QUE SE PUEDEN PRESENTAR**

Pueden presentarse diversas situaciones entre las cuales se aprecia:

#### **a. Actuación conjunta dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima**

Aquí se puede apreciar una obra en común, la actuación riesgosa se encuentra dentro de lo organizado por ellos. Cada uno tiene un deber especial, en cuyo caso, el deber especial de la víctima prevalece sobre la actuación de otro: "ámbito preferente de la Víctima", salvo que el autor tenga la calidad de garante, y este caso debe asumir la situación riesgosa: Como ejemplo de personas con calidad de garantes podemos citar a los policías, el bombero, el salvavidas los padres frente a los hijos menores de edad, entre otros.

POR EJEMPLO: Quien presta su auto a una persona que se encuentra en estado de ebriedad, subiéndose al vehículo y permitiéndole que conduzca, siendo que en el camino se chocan contra un muro, resultando lesionado el dueño del vehículo, entonces en este caso la víctima debe responder por la situación riesgosa.

Caso contrario sería si en la misma hipótesis, en vez de subirse al auto y acompañarlo se va caminando, y en el camino el ebrio que iba manejando lo atropella. Aquí la víctima ya no responde porque no hay una obra en común, sino que se convierte en cualquier tercero.

#### **b. Cumplimiento del rol y posición de la víctima**

---

<sup>247</sup> JAKOBS, Gunther, *Imputación Objetiva en derecho Penal*, cit, 1998, p. 32.



Aquí la actuación riesgosa sale del ámbito del autor e ingresa al ámbito de la víctima, por lo que es esta la que tienen que responder ante la no evitación del daño.

Pero para que el autor pueda responder más allá de su ámbito, tiene que haber un motivo, un fundamento que haga que se prolongue el deber de aseguramiento de su fuente de peligro hacia el ámbito de la víctima.  
Por Ejemplo:

El laboratorista que lanza al mercado una pastilla no tiene la obligación de supervisar al paciente en cuanto a la aplicación de la misma, ya que no forma parte de su rol, pero el caso difiere si tienen conocimiento que la medicina que ha introducido al mercado es tóxica, por lo que le surgen deberes de aseguramiento de su ámbito y tiene que cuidar que la víctima no tome las mismas, por lo que debe tomar medidas para ello como por ejemplo recoger sus medicinas, de lo contrario debe asumir la situación riesgosa.

### ***c. Superación del contexto común por parte del autor***

Aquí el autor introduce un factor adicional del riesgo que no forma parte de la obra en común y este es dominado por el autor.

EJEMPLO: A y B se suben a una moto sin frenos, hecho del cual solo tiene conocimiento B, y en el trayecto se produce un accidente, en este caso tendría que responder "B", ya que el plus del riesgo no forma parte de la obra en conjunto.

## **3.10. CASO DE LA PERSONA INFECTADA CON EL VIRUS DEL SIDA**

"A" es una joven de 26 años mantiene relaciones amorosas con "B", durante cinco años, al cabo de los cuales B tiene que ser sometida a una operación y producto de esta se le realiza una transfusión de sangre, mediante la cual se infecta del VIH, hecho del cual toma conocimiento por unas pruebas que se había realizado posteriormente. A pesar de la noticia B sigue manteniendo relaciones sexuales con A, por lo que este es contagiado. En este caso se pueden dar varios supuestos:

Que "B" le haya dicho a "A" que las pruebas que se había efectuado dieron como resultado positivo y que era portadora del VIH, pero a pesar de ello "A" decide continuar con su relación tomando las precauciones del caso, si embargo estas no fueron suficientes y se contagia. En este caso como ambos tenían conocimiento del hecho, se puede hablar de una obra en común, por lo que la situación riesgosa se encontrará dentro del ámbito preferente de responsabilidad de la víctima.

En caso de que "B" no le diga a "A" de la enfermedad que portaba, pero este tenía conocimiento que le habían realizado una transfusión de sangre y que se

le había recomendado se realice una prueba para descartar si se había contagiado de VIH, sin embargo, no se preocupa y sigue manteniendo relaciones sexuales. De lo que se advierte que si bien "B" no le había dicho expresamente de la enfermedad que portaba, "A" tenía conocimiento de la probabilidad de la misma, por lo que de igual manera el ámbito de la responsabilidad riesgosa se encontraría dentro del ámbito preferente de la víctima.

Que pasaría si "A" tampoco tienen conocimiento de que es portador de esta enfermedad, y le contagia a B, en este caso, el riesgo lo asumen ambos.

### **3.11. CASO DEL PROPIETARIO QUE REALIZA UNA FIESTA CUANDO SE ENCUENTRA REMODELANDO SU CASA**

En el caso de que A esta remodelando su casa y para ello realiza una serie de modificaciones en el jardín, para lo cual han realizado una serie de zanjas de gran profundidad. Sin embargo, decide hacer una fiesta para celebrar su cumpleaños para lo cual ordena a la ama de llaves que cierre todas las puertas que dan al jardín, lo que esta realiza pero se olvida de una. Como la reunión era de noche y no había iluminación una de los invitados en busca de los servicios higiénicos, ingresa en esa área y se cae en una de las zanjas produciéndose lesiones. En este caso no existe una obra en común ya que B no tenía conocimiento de las obras que se estaban realizando y del peligro en entrar en esta área, por lo que el riesgo que realizó de salir no era suficiente para el daño causado, por lo que en esta situación prevalece el deber del anfitrión por lo que el dueño responderá de la situación riesgosa.

Pero la situación cambiaría si, por ejemplo, el dueño aparte de haber ordenado que cierren las puertas, también habría colocado letreros en las puertas, los cuales se encontraban muy visibles y advertían la situación de peligro si se ingresaba, pero el invitado hizo caso omiso a esta advertencia e ingreso. En este caso, la situación cambiaría por el conocimiento del hecho que tenía B y la actuación riesgosa se encontraría dentro del ámbito de la víctima.

En el mismo caso si la reunión hubiera sido con motivo de una fiesta infantil y uno de los menores de edad que había acudido en compañía de su madre, la cual había sido advertida por el propietario de los trabajos que estaban haciendo en el jardín y la prohibición del ingreso al mismo, sin embargo deja al menor solo jugando por esos ambientes, a pesar de la advertencia y este sale al jardín y se produce lesiones, entonces el ámbito de la actitud riesgosa pasaría al de la madre, ya que esta tenía conocimiento de los hechos y tienen la calidad de garante sobre su hijo.

### **3.12. CASO DE LAS PERSONAS QUE VIAJAN A IRAK**

Un grupo de 150 peruanos partió a Irak para trabajar como guardias de seguridad en dicho país, que se caracteriza por ser una zona de conflicto y tensión.

En el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez fueron despedidos por sus familiares. Muchos de los viajeros son ex militares y policías, quienes percibirán de salario entre mil y mil 500 dólares mensuales por su trabajo, para lo cual habrían suscrito en contrato de trabajo en donde se especificaban todas las condiciones y el conocimiento de la situación que afrontaba este país. En este caso si alguno de los viajeros sufriera alguna lesión motivo de las condiciones de trabajo, al haber tenido pleno conocimiento de la conducta riesgosa que asumía al haber viajado a un país desconocido para trabajar, con pleno conocimiento de la situación de conflicto, en que se encontraba, entonces la víctima asume la actuación riesgosa.

Pero si por ejemplo sufre lesiones a consecuencia de un virus que había en la zona lo cual le produce una enfermedad extraña y que a la fecha no se encuentra cura, enfermedad de la cual tenía pleno conocimiento las autoridades de ese país, pero que no había sido informado a los trabajadores, entonces en la actitud riesgosa sale del ámbito de la víctima y se traslada al del contratante, ya que este incluye una situación de la cual no tenía conocimiento, por lo que no se podría hablar de una Obra en Común.

### **3.13. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al tratamiento de esta problemática. Así, tenemos los siguientes casos:

- La Ejecutoria Suprema del 13 de abril de 1998, Exp. 4288-97 Ancash, estableció lo siguiente:

"Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos 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".

- En otro caso (Resolución Sala Superior en lo Penal del 25 de febrero de 1997, Exp. 1789-96 Lima), se sostuvo lo siguiente:

"El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el Certificado del Dosaje Etílico (...) alcanzaba los dos puntos cincuenta Cg/L unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues

por lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito".

## 4. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

### 4.1 INTRODUCCIÓN

La sociedad está formada por personas que tienen ámbitos de organización personal, por ello se tiene que describir a la sociedad en cuanto a su organización., ello importa los roles que cada uno tiene en la sociedad y como portador de dichos roles en el cumplimiento de los deberes inherentes a éstos.

La asignación de ámbitos de competencias, implica que la persona en su desarrollo tienen papeles sociales y cada persona en el desarrollo de su vida social debe llenar las expectativas de comportamiento social, es decir cada uno es responsable de las consecuencias que puedan desprenderse de su actuación de una conducta contraria a los patrones de una convivencia social, se trata del reconocimiento de la autoresponsabilidad.

No obstante, la imputación objetiva ha desarrollado, en los últimos tiempos, el principio de confianza. La idea básica consiste en que el sistema de imputación debe reconocer, a nivel de la fundamentación del ilícito, que a las personas le es permitido, en el desarrollo de su planificación de vida cotidiana, confiar en que las demás personas con las cuales eventualmente interactúan actuarán de modo razonablemente diligente. En la base del juicio del principio de confianza se encuentra la idea de la necesidad de limitar la responsabilidad de control de los ciudadanos, toda vez que sea razonable esperar que los demás se comportarán de modo reglamentario, es decir, en el marco de las expectativas sociales sobre la actuación individual<sup>248</sup>.

Un hecho delictivo puede imputarse objetivamente a una persona si constituye una infracción de su rol de ciudadano y, cuando intervienen varias personas, se tiene que delimitar los ámbitos de competencia de los diversos intervinientes en el hecho delictivo.

De esta manera surgen los problemas de competencia, ya sea del titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido y frente a terceros, como son en el principio de confianza y la prohibición de regreso, o bien puede ser atribuida a la propia víctima; de modo que se limita la competencia jurídico penal de los intervinientes.

El comportamiento social queda vinculado al rol que han de desempeñar los intervinientes en un contacto social, se define por medio del deber de mantener estándares, deber que existe independientemente del comportamiento que tiene un sujeto en un momento determinado. Se trata, pues, de una de las instituciones jurídico-penales que forman parte de la imputación objetiva del comportamiento: el principio de confianza.

---

<sup>248</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimodogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passin.

En el ámbito de la competencia por organización, se puede dar el caso que el autor sea garante de asegurar que en ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad, lo cual sucede con independencia del comportamiento actual. Así, por ejemplo: el propietario de un vehículo automotor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo. Se supone que el conductor debe detener el vehículo ante la luz roja del semáforo y cuando esté en luz verde no tiene que disminuir la velocidad o detener el auto, porque el deber de detenerse no cae dentro de su ámbito de responsabilidad, sino que es de competencia para el conductor que rige la luz roja.

En la sociedad a cada individuo que la conforma le corresponde un comportamiento, siendo responsable del mismo y cuando este comportamiento se entrelaza con los demás seres humanos, no forma parte al rol del ciudadano, controlar permanentemente a los demás, ello explica que se da la división del trabajo.

La razón fundamental de este principio es que se parte de la premisa que las personas son sujetos responsables. En algunos ámbitos se vincula al principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos, surge la idea que la persona que está controlando a otras hace que no pueda concentrarse totalmente en la tarea, dándose la situación en que al controlar a los demás pierde más tiempo con relación a la propia tarea.

Como indica JAKOBS, "al igual que el riesgo permitido, el principio de confianza se manifiesta en todos los ámbitos vitales, debido que en casi todas partes se da la organización en régimen de reparto de tareas, de otra forma no se concibe a la sociedad. Se puede dar donde haya una división muy intensa de trabajo en el equipo de cirujanos o más bien laxo, así en el tráfico rodado, por ejemplo en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso<sup>249</sup>. Nuevamente según JAKOBS: "El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. *En primer lugar*, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. *En segundo lugar*, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno<sup>250</sup>."

---

<sup>249</sup> JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, cit., p. 29. En ese sentido; BUSTOS RAMÍREZ Juan. "Victimología: presente y futuro". Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993., citando a Jakobs; afirma; Para decirlo con palabras de GÜNTER JAKOBS: "...a menudo sería imposible una división del trabajo eficaz (en los equipos quirúrgicos, en los equipos de servicio y mantenimiento de un aeroplano, del ferrocarril o de un autobús, en la fabricación mediante división del trabajo, en el deporte, etc.), si cada uno debiera controlar todo lo controlable. Cómo mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia", p. 31.

<sup>250</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimología dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passim.

Se trata de la estandarizar la confianza al común de las personas, se aleja de lo individual de lo subjetivo, de lo psicológico a lo social, quien obra en base a su rol, no responde sobre el hecho que acontece, dichos roles están definidos por normas. Ejemplo: El tráfico rodado, ferroviario, marítimo, la *lex artis*. Son reglas normas, reglamentos, códigos, prácticas de procedimientos, normas del medio ambiente.

Es evidente la estrecha relación existente entre "Principio de confianza" y "Riesgo permitido". En última instancia, aquí también, se trata de que, en base a consideraciones de organización social de la convivencia y la necesidad de optimizar la evolución social, se le permite a los ciudadanos producir acciones riesgosas, se trata de justificar expresamente una dimensión de permisión de riesgos.

En definitiva, desde el punto de vista del principio de confianza se establece que en una sociedad ideal, que es usada como parámetro de evaluación, todos sus integrantes deben responder, en la planificación y ejecución de sus comportamientos, a un conjunto de expectativas establecidas a través de un consenso.

Desde este punto de partida se entiende que cada ciudadano tiene el deber de cumplir esas expectativas y el derecho de confiar en que el resto de los ciudadanos se mantendrán dentro del mismo parámetro social. A este derecho se lo denomina Principio de Confianza y, ultimamente, ha tenido un rol normativo de importancia en la definición de la imputación a nivel de la fundamentación del ilícito. En él se ve, además, un criterio indispensable de organización social. "Si no existiera ese principio de confianza, actividades como las del tráfico automotor serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respetaran el derecho de prioridad o los semáforos, así como siempre tendríamos que contar con la posibilidad de que los peatones cruzaran imprudentemente las calles; una tal exigencia desembocaría en la necesidad de conducir vehículos a un paso lo suficientemente lento como para poder enfrentar todas esas vicisitudes, con lo cual las ventajas que a nivel social brinda el tráfico automotor habrían desaparecido por completo"<sup>251</sup>.

Es requerible este principio sólo si el sujeto ,que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso. Creemos que este principio de confianza no está sólo limitado al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, pues también es posible en los delitos dolosos. En la jurisprudencia peruana se aplica este principio en el Caso del transportista usando una tarjeta de propiedad falsa: "el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza, filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica del algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que

---

<sup>251</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., passin.

contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuaran 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 aun, 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"<sup>252</sup>.

Son evidentes los fundamentos de la idea misma de principio de confianza vinculados a cierta concepción de filosofía política que pretende rescatar al máximo los modelos de libertad. Se ha discutido intensamente sobre cuáles serían los fundamentos dogmáticos del funcionamiento del principio. El Tribunal Supremo del Reino Alemán encontró ese fundamento en la "experiencia general" y otros autores en la idea de la "previsibilidad". Sin embargo, ni una cosa ni la otra son ciertas. En primer lugar, también según la experiencia general muchos ciudadanos no se comportan respetando los parámetros normativos de actuación que dan lugar a las expectativas de comportamientos correctos. Con lo cual ese no debería ser el criterio determinante, sobre todo porque, además, implica la confusión indebida de categorías del ser (la experiencia general) y del deber ser (las reglas de imputación). Razonamiento muy similar es el que debe argumentarse para rechazar el fundamento de la previsibilidad.

Justamente, al fundar el principio de confianza en la previsibilidad hace que el principio deba contestar enérgicamente al argumento de la "previsibilidad de las imprudencias", ya que, entonces, la idea de la confianza se quedaría sin ninguna base teórica y, posiblemente, casi sin ningún ámbito de aplicación empírica.

---

<sup>252</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., Este principio es muy interesante de aplicación en nuestras actuales sociedades, pues supone que cuando el sujeto obra confiando en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido no cabe imputarle penalmente la conducta. Así, si por ejemplo, el conductor que respeta las señales del tráfico automotor espera que los demás también lo hagan y si alguien cruza la calzada en luz roja y se produce un accidente con lesiones en las personas, éstas no les serán imputables. Resulta necesario una división del trabajo para que ,los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia, sino sólo determinadas, y éstas sólo con atención no dividida. Siendo así decaería la posibilidad de confianza permitida, por ejemplo, cuando al competente en sí le falte el conocimiento de las reglas o la posibilidad de seguirlas, o cuando es función de un participante compensar el comportamiento defectuoso de otros. Tiene importancia práctica ante los constantes *contactos anónimos*, donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos y en actividades o trabajos peligrosos que se basan en un reparto de funciones en beneficio social. ,El principio de confianza no sólo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos., cit., p. 9-11.

Ello se advierte con claridad en la exposición de MARTINEZ ESCAMILLA: "Para destruir la aplicación del principio de confianza a la problemática que nos ocupa no se puede argumentar con que las imprudencias médicas leves son generalmente previsibles, por lo que el primer sujeto no puede confiar en el buen hacer de los médicos. Este argumento....es insostenible, no ya por las conclusiones a las que conduce, sino por la contradicción que en sí mismo encierra. Si para anular la aplicación del principio de confianza bastase la previsibilidad general de comportamientos imprudentes, entonces los tribunales tendrían grandes dificultades para aplicarlo alguna vez, sobre todo en el ámbito para el cual lo diseñaron: el tráfico rodado".

Últimamente se tiende a pensar que el fundamento del principio de confianza es el mismo postulado de la "auto-responsabilidad", criterio que asimismo, a partir, sobre todo de los trabajos de GÜNTER JAKOBS, "para que funcione una vida de relación social en la cual cada persona se limite a satisfacer las expectativas de comportamiento que de él se tienen, es indispensable que cada uno pueda organizar sus actuaciones sobre el supuesto de que los demás se conducirán a su vez de acuerdo con la forma como de cada uno de ellos se espera, lo cual no es nada diverso del expreso reconocimiento de la auto-responsabilidad, una de cuyas manifestaciones es precisamente el principio de confianza"<sup>253</sup>.

#### 4.2 DEFINICIÓN Y ALCANCES

Para JAKOBS "El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua, siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes no ocasiona daño alguno"<sup>254</sup>. Ejemplo: en una operación el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido bien esterilizado.

---

<sup>253</sup> RUSCONI, Maximiliano. *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimodogmática*. En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano., concluyendo; que el principio de confianza; Se trata de una estrategia de racionalización y optimización de los recursos de los ciudadanos destinados a la protección de los bienes jurídicos, para decirlo de otra forma, nos encontramos frente a una virtual "división del trabajo" de garantía de protección de los valores ético sociales, evitando duplicidad de esfuerzos y dispersión del control ciudadano... El argumento de la autora española sorprende: si la demostración de que el fundamento ofrecido es incorrecto genera consecuencias político-criminales negativas, la solución no podría ser nunca: dejemos a todo como está. Lo debido es ofrecer otra fundamentación del principio que supere a estas críticas y que permita mantener intacto el funcionamiento de la idea de "la confianza" en el sistema de imputación. Si el fundamento fuera otro, en nada lo afectaría que se pongan en duda las imágenes generadas por la experiencia general... Como también se ha afirmado tampoco se trata de una ponderación de bienes: "si por ejemplo se tratara de decidir entre la protección de la vida o integridad de las personas y la fluidez del tráfico automotor, forzoso sería reconocer que debe primar la tutela de la incolumidad física, cuya estricta aplicación llevaría, justamente a la eliminación del principio de confianza..", *passim*.

<sup>254</sup> JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 29.



Ello se explica, en que quien actúa de acuerdo a las reglas espera que los otros las cumplan también, nadie tiene porqué adaptarse a otro que no cumple dichas reglas, es decir, nadie está obligado a adoptar la conducta errada de los demás; de manera que quien genera la conducta inocua puede oponer el principio de confianza.

El principio de confianza "está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente concluye cuando el reparto del trabajo pierde su sentido, especialmente cuando, puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho justicia a la confianza de que complementará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso"<sup>255</sup>.

Según este tratadista "el principio de confianza se halla estrechamente vinculado a la problemática de la prohibición de regreso. Bien es cierto que el principio de confianza puede concebirse también como caso especial de riesgo permitido, y con ello como descendiente del estado de necesidad justificante, pero solo prima facie parece indiferente que se trate, por ejemplo de errores de una máquina, o de seres humanos"<sup>256</sup>.

Si se trata de errores de una máquina, depende de qué precio máximo de desgracia se puede pagar por los beneficios a obtener, siendo los defectos liquidados a través de su compensación con los beneficios. Sin embargo, tratándose del comportamiento defectuoso de seres humanos, se presenta la posibilidad de liquidación consistente en imputar a quien ha defraudado la confianza.

Para MANUEL CANCIO MELIÁ "el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente -de acuerdo con las reglas existentes- mientras no existan indicios de que ello no va a hacer así. Dicho en palabras de STRATENWERTH, "por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, sino se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado"<sup>257</sup>.

En el sentido de CANCIO MELIÁ, el principio de confianza consiste en un proceso de concreción en atención al carácter responsable de los sujetos que intervienen en la actividad. Pero esa concreción no supone de modo alguno que en algunos casos se produzca una atribución del posible curso lesivo de la víctima. De lo que se trata, también en este ámbito, desde la perspectiva del

---

<sup>255</sup> *Ibidem*, p.29.

<sup>256</sup> JAKOBS, Günther, Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, cit., p. 422.

<sup>257</sup> 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*, cit., p. 324, cita a STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 3ª edición, Koln, 1981

autor y su conducta, es de fijar los límites de lo generalmente permitido, no del ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>258</sup>.

Dicho principio determina cuándo existe, al desarrollar una actividad generadora de un cierto riesgo permitido, la obligación de considerar las acciones de quienes también intervienen en dicha actividad, de manera que se confía en la responsabilidad de aquellos participantes.

Ha sido especialmente STRATENWERTH quien elaboró la conexión ente el principio que nos ocupa y la posibilidad de imputar a otro: "En aquellos casos de la vida social en los que entran en contacto los comportamientos de varias personas, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comporten conforme al cuidado debido, ya que también éstos se hayan sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto no tiene nada que ver con probabilidades fundamentadas de manera estadísticas o con reglas de experiencia; por el contrario, la experiencia nos demuestra que las infracciones del cuidado debido se producen con considerable frecuencia. Solamente el hecho de que el otro reviste el carácter de ser una persona responsable es lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su responsabilidad, esto es, de que vaya a cumplir con sus deberes de cuidado"<sup>259</sup>.

La fundamentación del principio de confianza realizada por STRATENWERTH solamente admite el establecimiento de límites que probablemente sean demasiados amplios. Será necesario busca un equilibrio ente el permiso de confiar (apoyado en la estadística) establecido por la jurisprudencia y la confianza de origen normativo (abiertamente contrafáctica en casos extremos), que solamente admite autoría y quizás inducción<sup>260</sup>. Un ejemplo de STRATENWERTH es el caso de quien señala debidamente un foso no responde si un paseante descuidado cae en él.

Para GARCÍA CAVERO, "una manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. Como se ha expuesto por JAKOBS, se debe tener la confianza en que el tercero ha actuado de manera correcta. Por ejemplo: si el funcionario de un banco otorga un crédito bancario conforme a la documentación presentada por el usuario, no responderá por delito financiero del art. 247, tercer párrafo, en caso que la documentación presentada no responda a la verdad. Salvo que existan determinados deberes de verificación, el funcionario bancario podrá confiar en el comportamiento correcto del solicitante del crédito y, por tanto, recibir la imputación del comportamiento defraudatorio"<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> 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, cit., p. 327.

<sup>259</sup> JAKOBS, Günther, *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, cit., p. 183. (*Ibidem*, p. 184.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>261</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit, p. 424.

Para PARMA, "El principio de confianza es una institución que trata de determinar cuándo existe la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en la actividad riesgosa y cuándo se puede confiar en la responsabilidad de estos sujetos. Es de aclararse que es una elaboración teórica que necesitará para su aplicación la adecuación al caso concreto"<sup>262</sup>.

BACIGALUPO señala que "de acuerdo con este principio no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites de peligro permitido". Ejemplo: A atraviesa un cruce con el semáforo en verde, sin tomar las medidas de precaución para el caso en que alguno de los que circulen en la otra dirección de cruce no respete el semáforo rojo que le cierra el paso, produciendo la muerte en la colisión, este resultado no se imputa objetivamente por efecto del principio de confianza. La suposición de que el principio de confianza sólo operaría en los delitos imprudentes, limitando el deber de cuidado, es producto de la concepción del tipo penal"<sup>263</sup>.

El principio de confianza es necesario "cuando el que confía debe responder por un desarrollo causal aunque otro sea el que mediante un conocimiento incorrecto lo ha dirigido al resultado dañoso"<sup>264</sup>.

Jurisprudencia de la Corte Alemana, en el caso que un conductor de un vehículo que a las cinco de la mañana se desplazaba por la calle de una ciudad y observó un bulto, el cual tomó como un fardo de papel o cualquier otro objeto no peligroso y, por ende, condujo sobre él, produciéndose la muerte de quien a la postre resultó ser un hombre ebrio; sostuvo que un conductor que percibe un obstáculo sobre una calle en el cual ordinariamente podrían circular personas debe contar que se trata de un hombre vivo.

Según REYES AL VARADO<sup>265</sup>, tal exigencia supone el abandono del principio de confianza, ya que como regla general nadie debe contar con que las personas se acuesten a dormir por cualquier razón sobre las vías destinadas a la circulación de vehículos automotores<sup>266</sup>.

Según FRISCH "todos pueden básicamente confiar en que las demás personas integradas en el proceso productivo cumplen adecuadamente sus obligaciones, siempre que no tengan indicios de defectos o fallos en otros ámbitos parciales de la fabricación (naturalmente no debe confiarse en que los órganos de la empresa responsables de eliminar estos defectos los van a suprimir escrupulosamente)"<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> PARMA, Carlos, *La Prohibición de regreso, Günther Jakobs y la participación criminal*, cit, p. 16.

<sup>263</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 268, 269.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>265</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, cit, pp. 147- 149.

<sup>266</sup> *Ibidem*, pp.151- 157.

<sup>267</sup> FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, ttraducción de le edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 228, 229.

### 4.3. JURISPRUDENCIA.

- *Ejecutoria Suprema del 13-12-2004. R. N. Número 538-2004 CALLAO*: “La responsabilidad del procesado se circunscribe a tramitar la solicitud de reintegro tributario luego de la intervención de los funcionarios de aduanas encargados de verificar el reconocimiento físico de la mercadería en el lugar de destino, en este caso los depósitos señalados por el comitente, teniendo dicho procesado la calidad de empleado de la agencia de aduanas de su coprocesado; no siendo su contribución causal al resultado del delito, imputable objetivamente al citado acusado, quien post facto a la realización de los hechos actuó dentro de una esfera de confianza respecto a la documentación que se le entregó, habiendo inclusive revisado los funcionarios de aduanas tanto la documentación como supuestamente verificado físicamente la existencia de la mercadería importada. En lo que se refiere al otro procesado, su labor como agente de aduanas sólo se limitó a despachar el reintegro de los impuestos de acuerdo a la documentación que le presentó el comitente, siendo en todo caso responsabilidad de este último la adulteración de los documentos y demás trámites para la obtención del reintegro tributario, y de los funcionarios de aduanas de verificar la existencia física de la mercadería importada, por lo que en todo caso también habría procedido dentro del riesgo permitido y dentro de un ámbito de confianza en el desarrollo de su conducta como agente de aduanas”.

COMENTARIO: Es materia de análisis la no imputación del delito al agente pues actuó basándose en el principio de confianza o la confianza en la labor de los compañeros de trabajo de que cumplirían sus funciones de acuerdo a las reglas preexistentes.

- *Ejecutoria Suprema del 24-11-2004. R. N. Número 552-2004 PUNO*: “Es pertinente aplicar al caso de autos los principios 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 actividad social y por tanto no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesador, al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; estando limitado su deber de control sobre los deberes de terceros, en tanto no era el transportista dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo; estando los paquetes de hojas de coca camuflado dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es 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; declararon no haber nulidad en la sentencia absolutoria”.

COMENTARIO: Se trata de un caso donde es aplicable el principio de confianza de parte del agente que era chofer del camión mas no era el propietario de llevar a pasajeros que finalmente transportaban en sus bultos, paquetes de hoja de coca y confiando en la buena fe del negocio y buen actuar de dichos pasajeros

- *Ejecutoria Suprema del 12-5-1998. Exp. 5737-97 LIMA*: “En lo que respecta al acusado, su accionar ilícito no ha sido posible demostrar a plenitud debido a que su accionar como contador de la empresa, únicamente se limitó a firmar los balances y declaraciones juradas de impuesto a la renta, con la documentación que le alcanzaba su coacusado, con quien tenía amistad y confianza, no habiendo actuado con consciencia y voluntad de cometer el hecho antijurídico, careciendo así su conducta de todo contenido penal”.

COMENTARIO: Se analiza el principio de confianza, teniendo en cuenta en que un miembro de la sociedad actuara responsablemente y a que el agente que actuó confió en su coacusado, en base a la amistad y confianza que les unía.

#### 4.4 LÍMITES AL PRINCIPIO DE CONFIANZA

"El principio de confianza como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres:

- a. La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable no está dispensada de su responsabilidad,
- b. No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa
- c. La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes"<sup>268</sup>.

Tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a derecho del comportamiento del otro.

Ampliamente difundida es la opinión de que el principio de confianza no puede ser invocado cuando existen inequívocos elementos de juicio de los cuales se infiera una conducta no reglamentaria por parte de un tercero. Por ejemplo: el conductor de un auto se percata que un ebrio intenta cruzar la calle en forma imprudente o de que otro vehículo no respete su prioridad

Se debe adoptar una conducta diferente para evitar el resultado dañoso, lo que equivaldría a renunciar a su prioridad tanto frente al peatón como frente al automovilista imprudente.

No solo el simple conocimiento de la incorrección de conductas ajenas lo que establece la limitación al principio de confianza y la necesidad de acomodar la conducta a las nuevas circunstancias, sino se requiere además que quien se percata de ello sea competente para evitar el daño. Como ejemplo, tenemos el

---

<sup>268</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p. 425.

caso del médico que dirige un equipo quirúrgico y tiene la máxima responsabilidad por la forma como se desarrollan las actividades en las que el equipo interviene, el médico puede confiar, en principio, en su equipo; pero, cuando se percate que uno de sus colaboradores ha entendido en forma incorrecta una de sus instrucciones, tiene que acomodar su conducta para evitar que surja de esa equivocación un resultado lesivo para el paciente; tal es también el caso del anestesista que ingresa con signos de ebriedad, en tal supuesto, el médico no puede operar al paciente con el anestesista en esas condiciones, de lo contrario, también el médico incurriría en responsabilidad por el hecho.

El portero de una fábrica de productos químicos que elabora desechos químicos puede limitarse a controlar la entrada de personas al establecimiento, puesto que la eliminación no cae dentro de su ámbito de competencia, ello indica que la limitación del principio de confianza se deriva de la posición de garante del autor. Por ejemplo: el conductor observa un vehículo que avanza en dirección contraria por la mitad de la calzada, puede suponer que su conductor reasumirá la posición que reglamentariamente lo corresponde y sólo cuando se evidencia que el vehículo continuará en la calzada equivocada, debe dejar de confiarse en que reiniciará la conducta correcta y acomodar su propia conducta a la nueva situación. Por ejemplo, cuando el peatón se detiene en medio de la pista, los conductores de vehículos deben acomodar su conducta a la nueva circunstancia.

#### **4.5 ÁMBITOS DE APLICACIÓN**

Inicialmente, el principio de confianza fue concebido como una herramienta dentro de las actividades del tráfico automotor. Desde entonces, su ámbito de aplicación se ha extendido a todas las actividades sociales en las que participan una pluralidad de personas. De manera usual se cita a la división del trabajo como uno de los principales campos de aplicación de dicho principio, así también las actividades deportivas como, por ejemplo, en un equipo de fútbol todos confían en que sus compañeros realizarán sus funciones en el campo de juego. En el tiro la blanco, quien practica dicha actividad confía en que ningún espectador se interpondrá imprudentemente en la línea de fuego.

##### **4.5.1. En actividades de Tránsito automotor**

La validez del principio de confianza en las actividades del tránsito automotor no ha sido siempre reconocida, en la primeras décadas del siglo el Tribunal Supremo Alemán desarrolló el principio adverso, sentó que el criterio del conductor debería desarrollar su conducta teniendo en cuenta que los peatones se comportarán de manera imprudente, es decir el principio de desconfianza al Ejemplo: En 1926, el caso de un conductor de un vehículo que atropello a un peatón imprudente que intentaba cruzar los rieles del tranvía , sin cerciorarse de la presencia de vehículos sobre la calzada, en la que el Tribunal supremo señaló que con esta clase de conductas descuidadas debía contar todo conductor de vehículos.

Sin embargo, en la actualidad, rige el principio de confianza y por ende el conductor de un vehículo que tiene prioridad frente a otros automotores, puede confiar en que ellos cumplirán su deber de detenerse. El conductor que confía que los peatones no cruzarán por lugares no permitidos.

#### **4.5.2. División del Trabajo**

En la vida social implica la necesidad de que los individuos colaboren en la obtención de fines comunes, y a la imposibilidad que una sola persona domine todos los diversos conocimientos especiales que se requieren para elaborar múltiples productos, siendo la regla general confiar en el comportamiento que se las personas que intervienen.

Ejemplo: En una empresa las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, siendo cada persona responsable por el desempeño de las actividades que le han sido asignadas y se confía en que cada uno de los compañeros realizará las labores inherentes a su cargo.

En la Medicina; es especialmente importante el principio de confianza, en especial en las intervenciones quirúrgicas que requieren normalmente de la participación de diversas personas con distintas especialidades y de personal auxiliar, los superiores jerárquicos confían en que los subordinados se comportarán de manera correcta y éstos últimos en que sus superiores les darán órdenes libres de errores, siendo la regla general que ningún subordinado tiene que el deber de comprobar la exactitud de las ordenes recibidas, operando el principio de confianza en los distintos ámbitos de competencia.

Como una modalidad de división de trabajo, puede ser considerado el frecuente empleo de capacidades ajenas, en confiar en otros que tiene conocimientos especiales que componen el saber científico y cultural de una sociedad. Ejemplo: Una empresa productora encarga a otra entidad el suministro de materias primas, confiando en la calidad de los productos y las especificaciones, los mismos que el proveedor de materias primas puede confiar en que con ellas no se realizarán actividades irregulares. Otro ejemplo: si se proporciona minerales a una industria química confían en que con ellas no se producirían sustancias prohibidas ni se contaminarán las aguas.

En la actividad periodística, el reportero que recibe un informe de una agencia oficiosa, puede difundirlo sin necesidad de verificar la información; sin embargo, quien se enteró de una noticia por parte de un informante particular no debe confiar en la exactitud de la noticia, sino que tiene la obligación de corroborarla, previamente a su difusión. Además, tenemos los siguientes supuestos:

a) Falta de cualificación del personal: los profesionales independientes que escogen al personal auxiliar para desarrollar sus actividades, tiene

las obligaciones de realizar una selección cuidadosa de las calidades necesarias para que desarrollen sus labores, para así poder confiar en que el subalterno cumplirá con su rol.

Las personas encargadas de la selección del personal y de la asignación de funciones de acuerdo con su grado de cualificación.

b) Defectos de la comunicación: en las actividades de la medicina se da con frecuencia, los defectos de la comunicación pueden tener peligrosas consecuencias. Ejemplo. El caso de la enfermera que recibe una orden de preparar una inyección, escuchó equivocadamente el nombre de una de las sustancias que debería emplear, o de aquella que le fue ordenada una aplicación de cloroformo en cinco centímetros y aplicó por errada comprensión de 50 centímetros de la misma, siendo los resultados mortales para los pacientes.

Para evitar esta clase de errores el superior que imparte las órdenes debe cerciorarse que las instrucciones impartidas en forma verbal hayan sido correctamente entendidas. Ejemplo. Cuando el médico practica la cirugía, solicita verbalmente un instrumento la enfermera se lo entrega repitiendo el nombre que del aparato solicitado escuchó.

En suma, quien incumpla con el deber de verificar creará un riesgo jurídicamente desaprobado.

## 5. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

¿Por que decimos que la imputación de resultado es objetiva? ¿Qué significa esto de objetiva? Significa que no se discute si el sujeto actuó con dolo o sin él, es decir, no valoramos al sujeto y su grado de culpabilidad; en este estadio lo que pretendemos dilucidar es si un resultado lesivo puede imputarse al comportamiento de una persona, con prescindencia de si hubo dolo o culpa. Los criterios normativos señalados por la teoría de la imputación objetiva no se refieren únicamente a la determinación de la tipicidad de la conducta, incluso propone reglas que permite precisar, una vez afirmada la relevancia típica de la conducta, en qué supuestos el resultado producido puede ser imputado a la conducta. A esta ulterior determinación se denomina imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto<sup>269</sup>. Se trata de explicar el

---

<sup>269</sup> FRISCH, Wolfgang, "Imputación objetiva: estado de la cuestión", en *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 34 y ss. CUELLO CONTRERAS Joaquín. *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, REPC 08-01 (2006)., En efecto, uno de los desarrollos críticos más elaborados posteriores a la eclosión de la doctrina de la imputación objetiva, que en parte acepta lo que esa teoría ha representado de cara a acotar normativamente la tipicidad, pero en parte también quiere reubicar determinadas cuestiones que la doctrina dominante sitúa en la imputación objetiva en un ámbito previo y de camino restablecer la dicotomía disvalor-acción, disvalor-resultado, es el llevado a cabo por Wolfgang FRISCH... Según FRISCH, para no restringir excesivamente la libertad, el derecho penal no puede prohibir la más remota puesta en peligro de bienes jurídicos, como evidencia la existencia de múltiples regulaciones jurídicas que permiten asumir riesgos en los más diversos ámbitos, y que, por tanto, nunca fundamentarían una hipotética responsabilidad penal si no se evitaron... Sólo determinados riesgos graves acotados formal o informalmente conforme a los principios del derecho penal y



resultado que se ha producido y la única manera de establecer una conexión entre conducta y resultado será cuando aquella sea el factor causal determinante de este. Además, cabría considerar supuestos en los que, al lado de la conducta típica, concurre otra explicación alterna como podría ser un accidente o la conducta de un tercero.

El presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, mas tampoco es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios, pues, además, es necesaria una relación objetiva entre ellas<sup>270</sup>. Ahora, la doctrina de la *imputación objetiva de resultado* tiene como misión, limitar la intervención penal a un estrecho círculo de conductas típicas, entendiéndose por conducta típica la creación de un riesgo desaprobado, donde la pena representa un medio adecuado, necesario y proporcionado.

En la moderna Ciencia del Derecho Penal, si bien se considera que la relación de causalidad es necesaria e indispensable para considerar que un resultado es típico, dicha relación no es suficiente. Por ejemplo, si en una fábrica un operario tiene la función de abrir diariamente una válvula que permite el desagüe de los residuos de la fábrica, y resulta que lo que sale por dicho desagüe son residuos tóxicos que contaminan las aguas, hecho del que el operario se percató, es indudable que no admite discusión que el comportamiento del operario es causa del resultado en sentido físico. Pero tampoco admite discusión que el comportamiento de dicho sujeto no es el comportamiento que la norma prohíbe al tipificar la conducta; y ello aunque hubiese desconfiado de la toxicidad de lo que se vierte. Un operario no es quien para opinar sobre la composición química de los residuos. Como tampoco un peón albañil es quién para opinar sobre si el diseño de la pared realizado por un ingeniero y que él tiene que levantar, es correcto o no. Incluso aunque su sentido común le diga que dicha pared ha sido mal diseñada y se va a venir abajo. El levantar la pared es causa del resultado, pero no es un comportamiento típico. Como tampoco lo es abrir la válvula de seguridad por la que fluye el líquido contaminante, aunque se sepa que lo es.

---

conforme al propio derecho constitucional, que, p. ej., autoriza a la presunta víctima a asumir riesgos que no deben cargarse en la cuenta del autor si se materializan, son los que trata de prevenir el derecho penal... No se trata de acotar con criterios de imputación objetiva los riesgos relevantes dentro de la tipicidad siempre que, además, se hayan concretado en el resultado; sino que se trata, más bien, de no considerar ni siquiera típico (que por lo tanto no da lugar ni a tentativa) el comportamiento que no crea un riesgo relevante, con lo que se vacía de contenido el criterio generalmente asumido del "ámbito de protección de la norma" y su correlato de la "concreción de ese riesgo en resultado". Criterios, pues, considerados por la doctrina dominante de imputación objetiva del resultado no son tales, sino que, ya antes, se trata de delimitar cuál es el comportamiento típico, esto es, uno que crea un peligro relevante. El comportamiento típico, consistente en la creación de un peligro relevante, objetivo y *ex ante*, constituye el disvalor-acción.. Esta consideración es crucial para desenredar la enorme confusión que media en el debate actual en torno a la componente objetiva y/o subjetiva del injusto. La respuesta, vale la pena anticiparla, sería: lo conocido como conocimiento especial ciertamente forma parte del tipo objetivo a que da acceso ese conocimiento por parte del autor; ahora bien, el acto de conocimiento, de los elementos de un hipotético tipo más genérico u otro más específico, es un acto de naturaleza psicológica, y, por lo tanto, subjetiva. Y, puesto que lo psicológico repugna al normativismo, se pone énfasis, siempre, en el objeto del conocimiento, abstracción hecha del acto de conocer.., ob., p. 15 a 19.

<sup>270</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, cit., p. 447.

En los delitos de resultado, la causalidad es necesaria pero no suficiente, dado que se requiere para considerar un resultado como prohibido, además de la relación de causalidad, la imputación objetiva del resultado. Esto significa que para que se responda por un resultado, es necesario que más allá de que el comportamiento lo haya causado, que dicho comportamiento constituya la explicación de ese resultado. Y la explicación de los resultados en los ejemplos antes citados, no son la apertura de la válvula por el operario o la construcción del muro por el albañil, sino el comportamiento del químico que no analiza los residuos que se vierten en las aguas, y la del ingeniero que diseña mal el muro.

Es al comportamiento de dichos sujetos a quien atribuimos el resultado lesivo, y no al de los otros intervinientes. Bajo esta óptica, lo más importante no es si la acción del sujeto causó el resultado, sino si podemos considerar dicha acción como explicación del mismo.

El que en un supuesto determinado se llegue o no a la producción de resultado típico es a menudo cuestión de casualidad, sobre las que el autor carece de todo influjo. Merced a lo cual, no es extraño que acciones sumamente peligrosas queden sin consecuencias y por otra parte a menudo acciones en absoluto calificables de especialmente peligrosas, que apenas sobrepasan el riesgo tolerado, conducen a consecuencias indeseadas. El esfuerzo de restringir la intervención penal a acciones especialmente peligrosas, desde esta perspectiva, de ninguna manera quedaría realizado por el requisito de resultado y así, de no querer que fracase la ley, difícilmente puede señalársele de modo convincente como razón de ser de la exigencia de resultado; y tampoco puede articularse la doctrina de la imputación a partir de esta idea<sup>271</sup>.

En la doctrina científica, señala Roxin, cada vez se impone más la concepción de que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así, es posible negar la imputación objetiva en supuestos en que a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto, estos son los llamados riesgos concurrentes<sup>272</sup>. Por ejemplo, si A dispara a B con dolo homicida, éste sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en dicho nosocomio; el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima: pero en el incendio del hospital el autor no ha creado

---

<sup>271</sup> FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, cit., pp. 543, 544.

<sup>272</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 373, num. marg. 59. Afirma este autor que "El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor" (*Ibidem*).

ningún peligro, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado<sup>273</sup>.

b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente, puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Si por ejemplo, A incita a B a que haga una escala al Himalaya, en la que éste -tal como A había previsto- sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. No obstante, A no ha cometido una acción punible de homicidio, es impune incluso la incitación al suicidio y con mayor razón la incitación a una mera autopuesta en peligro<sup>274</sup>.

El hecho de concentrar la punición en casos de conductas con resultados típicos, aparece como especialmente indicado para restablecer la paz jurídica, para reforzar la pretensión de validez de la norma y en consecuencia para proteger los bienes jurídicos, poniendo de manifiesto la inquebrantabilidad de la norma.

En las consecuencias del hecho se hace perceptible para muchos la conducta defectuosa del autor, en lugar de una fugaz conducta indebida, surge un estado indeseado más o menos duradero; piénsese en la muerte de una persona, en la causación de una lesión duradera, etc. Por lo tanto, también el efecto perturbador de la paz jurídica del hecho con consecuencias suele ser notablemente superior que el hecho sin consecuencias, e igualmente el cuestionamiento de la norma en tal caso llega a ser más claro y su efecto más acusado. Si bien en un Derecho penal preocupado primordialmente por restablecer la paz jurídica y por mantener la pretensión de validez del ordenamiento jurídico, existe necesidad de contrarrestar el quebrantamiento del Derecho con la pena, también si se trata de un hecho sin consecuencias, la reacción debe tender a ser también más enérgica<sup>275</sup>.

Podemos concluir, que la teoría de la imputación objetiva se engarza en el elemento de la tipicidad, es decir, en la idea de que sólo son típicos aquellos comportamientos que la ley describe en un precepto legal. Por tanto, decimos que un comportamiento del mundo real es típico, cuando coincide con el descrito en la norma. Como ya sabemos, en los llamados delitos de mera actividad, que se satisfacen con la mera conducta del sujeto, no existe mayor dificultad; la comprobación es fácil. Pero en los delitos de resultado, la comprobación es más difícil, porque es necesario demostrar en la praxis que ha sido el comportamiento del sujeto el que ha producido el resultado. Obviamente en muchas ocasiones eso no resulta problemático, por ejemplo, en un delito de homicidio, si el sujeto confiesa que su intención fue la de matar y que fue él quien disparó sobre la víctima, y tales datos coinciden con la realidad

---

<sup>273</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 363.

<sup>274</sup> ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 364.

<sup>275</sup> FRISCH; Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, cit., pp. 547, 548.

concreta, no hay problema, Pero en muchos otros casos esto no es así, pues como todos sabemos en la práctica, las cosas son más problemáticas, por ejemplo, si un chofer conduce imprudentemente, pero resulta que la víctima también imprudentemente cruzó por donde no debía.

En la actualidad, no constituye nada novedoso que para hacer frente a esta problemática los Tribunales de Justicia recurren a la *Imputación Objetiva*, cuya función es la de integrar elementos del tipo no descritos en la ley penal, pero de manera obvia se encuentran en ella.

Quedaría inconclusa esta exposición si no consideramos en ella una serie de casos problemáticos, como los nexos causales desviados, interrupción del nexo causal, daños diferidos, entre otros.

### 5.1. NEXOS CAUSALES DESVIADOS

En estos casos lo importante es verificar si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo en el resultado, no lo que el autor se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta. Como indica BACIGALUPO, se trata de un genuino supuesto de realización del riesgo en el resultado, antes que un problema de error<sup>276</sup>. Similar criterio se puede utilizar en los supuestos de extrema rareza de un suceso<sup>277</sup>.

En los nexos causales desviados lo que importa es verificar si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo en el resultado, no lo que él se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta. Ejemplo: el que hace caer a otra persona al mar para que muera ahogado, pero al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece. En este supuesto habrá imputación. Criterio similar se puede utilizar en los supuestos de *extrema rareza del acontecer*<sup>278</sup>.

### 5.2. INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

En estos supuestos se concede relevancia a las modificaciones de la causalidad natural si es que estas producen un incremento del riesgo o anticipación temporal del resultado, mediante la intensificación del peligro<sup>279</sup>. En estos casos se presenta una interrupción del nexo causal por acciones humanas autónomas, como sucede, por ejemplo, si la víctima herida mortalmente recibe un nuevo disparo de un tercero y fallece.

Resulta relevante a efectos de la imputación objetiva, las modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando ésta genere un aumento o anticipe en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro. Se trata de los

---

<sup>276</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 197..

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 197

<sup>278</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., p. 22.

<sup>279</sup> ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, cit., p. 369.

supuestos de interrupción del nexo causal por acciones humanas autónomas. Ejemplo: la víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece. Se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar él *ex ante*, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte de otro modo <sup>280</sup>.

### 5.3. RESULTADOS PRODUCIDOS A LARGO PLAZO

Son varios los grupos de problemas que comprende este supuesto<sup>281</sup>. En los daños permanentes, tras una primera lesión se produce un daño permanente que origina una consecuencia lesiva ulterior debido a la acción de otro sujeto, como, por ejemplo, cuando quien causa una lesión grave a otro, a consecuencia del cual queda con una dificultad para caminar y, años después, esta persona, al ser asaltada en la vía pública, y ante su imposibilidad de huir, es ejecutada por los asaltantes. En los llamados daños sobrevenidos, el resultado está codeterminado por la persistencia de una lesión inicial no curada y un factor causal externo. Ejemplo: el paciente que ingresa en el hospital con una intoxicación vitamínica originada por un error de un farmacéutico y fallece de una gripe contraída en aquel nosocomio. También tenemos los de resultados tardíos<sup>282</sup> en los que la víctima sufre daños que acortan su expectativa de vida, como por ejemplo los sujetos víctimas de transmisión del virus del SIDA. En estos supuestos se discute si es posible imputar al que provocó el contagio, no sólo la enfermedad si no el posterior resultado muerte hacia el que la víctima evoluciona.

Así pues, queda claro que hay casos en los que no resulta sencillo determinar cuándo se excluye o se afirma la imputación del resultado.

### 5.4. FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA PENAL

El resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma, que es donde se prevé las conductas delictivas<sup>283</sup>. De este modo, no le es imputable objetivamente al sujeto la muerte de la madre de su víctima que, tras enterarse de la muerte de su hijo, fallece de un paro cardíaco. Esto en razón de que si bien la esfera de protección de la norma penal de homicidio abarca la protección de la vida, esta solo restringe a relación de inmediatez con la conducta típica correspondiente. Algunos autores creen posible utilizar este criterio en los supuestos que el riesgo no permitido no se realiza en el resultado, cuando este se produce por un riesgo general normal (ejemplo: el lesionado por otro que muere en el incendio del hospital)<sup>284</sup>. Tampoco cabría hacerlo cuando el riesgo no permitido se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por éste

<sup>280</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., cit., p. 23.

<sup>281</sup> GÓMEZ RIVERO, María Carmen, La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia ala problemática del SIDA, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pp. 17 y 18.

<sup>282</sup> BACIGALUPO, Principios de Derecho penal. Parte general, cit., pp. 196 y 197.

<sup>283</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, Derecho penal. Parte general, cit., p. 231.

<sup>284</sup> Así, BACIGALUPO, Principios de Derecho penal. Parte general, cit., pp. 195 y 196.

(ejemplo: quien se pasa una luz roja y a dos cuadras de distancia atropella a otro causándole lesiones, en el momento en que ya conducía conforme al reglamento de tránsito)<sup>285</sup>.

## 5.6. CONOCIMIENTO DE LA NORMA COMO CONDICIÓN DE LA SOCIEDAD.

Una mera reunión de individuos humanos no configura una sociedad. Una sociedad comienza, más bien, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada, como, por ejemplo, la de no lesionar la propiedad de otra persona. Cuantas más normas rigen, más densa es la sociedad, y la sociedad sobre el territorio de un Estado moderno, de libertad, da una buena visión, por un lado, de la vinculación a través de cientos de normas, cuando no de miles, y, por otro lado, de la falta de vinculación, de la permisión de realizar la conducta querida, en el ámbito de la privacidad, no abarcado por las normas<sup>286</sup>.

Las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real, lo que significa: cuando determinan lo que, en la comunicación de las personas, puede ser tomado como punto de referencia para aunar conductas y aquello que no puede ser, tomado como tal. Aun cuando una norma sea quebrantada, ella tendrá vigencia en tanto el acontecer sea concebido como quebrantamiento de la norma y no como algo indiferente. Dicho a modo de ejemplo: nada prueba mejor la vigencia de la prohibición del homicidio que la irritación general por un homicidio acaecido. La declaración de que una sociedad es real equivale a la de que las normas que la constituyen se hallan en vigencia<sup>287</sup>.

Una primera condición que debe estar cumplida para que exista vigencia de la norma, por tanto, la sociedad real, es manifiesta: la norma tiene que ser conocida e igualmente tiene que ser conocido cuándo se da el caso regulado. Y si la sociedad no ha de consistir sólo en que el juzgador juzgue *ex post* el curso del destino, el curso del mundo regido por dioses, sino, si es que la norma ha de ser puesta en práctica por las personas, y no sólo padecida por ellas, es decir, si no ha de tratarse de responsabilidad por el resultado, sino de responsabilidad por la culpabilidad, la norma y el hecho abarcado por ella tienen que serle conocidos *ex ante* a la persona, al actuar y al omitir, al menos en el caso-base -aún habrá que hablar sobre los casos-límite-. Al respecto, en el siguiente texto se entiende por "conocimiento", siempre "conocimiento actual"; lo que se podría denominar "conocimiento no actual", se llama aquí "conocibilidad" o "desconocimiento evitable"<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> BACIGALUPO, Principios de Derecho penal. Parte general, cit., p. 196.

<sup>286</sup> JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard. Problemas Captales del Derecho Penal Moderno. Libro Homenaje a Hanz Wenzel. Prologo y Presentación de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. 1998., cit., p. 57.

<sup>287</sup> Ibidem., cit., p. 58.

<sup>288</sup> Ibideem., cit., p.59., empero precisa; Si se establece una sociedad, esa condición evidentemente no puede quedar vaga; pues sin este conocimiento no se podría generar una práctica social determinada. Dicho a modo de ejemplo, allí donde nadie sepa que determinados efectos dañosos sobre el medio ambiente no "deben-ser", o donde si bien alguien lo sabe, no sabe cómo se pueden evitar esos efectos, no se configurará, una sociedad para cuya conformación real también cuente la protección del medio ambiente. Pero si se ha configurado

No menos manifiesta es una segunda condición de la sociedad real: las personas tienen que estar dispuestas -al menos a grandes rasgos- también a acatar la norma. Una norma bien puede ser conocida y a pesar de ello no definir nunca la forma de la sociedad, si nadie la pone en práctica en su conducta.

Así, por ejemplo, muchas normas cualesquiera de una sociedad pasada o de una moral pasada serán conocidas, pero dado que tal conocimiento sólo es un conocimiento histórico, las normas ya no determinarán la forma de la sociedad actual, aunque sean conocidas por muchos. Tal como fue explicado al comienzo, eso no significa que una norma determine la realidad social sólo cuando no se actúa en su contra. Ella rige también en caso de transgresión, en tanto éste sea entendido como tal, pero ese entendimiento falta respecto de las normas de religiones o morales fenecidas. De esta segunda condición, la de que exista una voluntad de acatar la norma, no se tratará más aquí, al principio (se volverá sobre ello en la última parte). Las personas están definidas por el hecho de tener suficiente voluntad de acatar la norma. Si no prestan esa voluntad, ello significará: culpabilidad, o bien no se tratará de la conducta de personas, sino de la de, por ejemplo, niños inculpables<sup>289</sup>.

#### **5.7. IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN EL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO**

La responsabilidad penal por el producto está relacionada con los supuestos de comercialización de productos nocivos para la salud<sup>290</sup>. El resultado puede presentarse en dos momentos: cuando el producto peligroso es ofrecido en el mercado (artículo 288, Código penal peruano) y cuando el producto ya ha sido

---

una sociedad de determinada forma, entonces, el conocimiento integrará el componente existencia<sup>1</sup> sobreentendido de cada persona que interactúa en esa sociedad... Ese 'llegar a ser sobreentendido' ha de ser aclarado aún, dado que decide acerca del alcance de cualquier regulación sobre el desconocimiento de la norma. A este respecto se ha de comenzar con el conocimiento de cuándo se da el caso regulado por la norma, es decir, el conocimiento del tipo. En una sociedad de cierta densidad, ese conocimiento no surge como saber aislado, que también se pudiera volver a olvidar, sino como saber con múltiples puntos de apoyo, dentro de un complejo de conocimientos respecto del cual no puede suceder que sea dejado de lado o desplazado, o que ni siquiera se aprenda o que ya no se conozca, ya porque este saber configura la orientación en el mundo de cada persona y ella fracasaría sin él. Si, por ejemplo, una persona arroja una piedra pesada contra la cabeza de otro ser humano, y sabe esto, conoce también el peligro de una lesión; pues en la vida cotidiana la precipitación de una piedra se vincula en tal medida de modo múltiple con la violencia, la fuerza, el ímpetu, y una cabeza, en igual medida de modo múltiple con la fragilidad, que la suposición de que eso no ocurriría, o incluso la ausencia de toda suposición sobre la consecuencia, hablaría de la incapacidad para vivir, y, por ello, puede resultar imposible en una persona que conduce su vida de modo al menos en cierta medida aceptable. Formulado de modo drástico: quien al conocer el hecho de que una piedra se encuentra con una cabeza no asocia a ello la consecuencia de una lesión, no vivirá él mismo por mucho tiempo., cit, p., 59-60.

<sup>289</sup> JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Libro Homenaje a Hanz Wenzel. Prologo y Presentacion de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. 1998., cit., p. 59.

<sup>290</sup> Sobre este tema, en general, cfr. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, especialmente pp. 87yss, 129yss.

utilizado y se ha causado lesiones o muertes dolosas o imprudentes. Así, estas *situaciones excepcionales*, marcadas por la complejidad de la elaboración y distribución de un determinado producto, pueden plantear problemas de prueba sobre los mecanismos concretos de la causalidad y, consecuentemente, de la imputación del resultado. Esto ha motivado que doctrina y jurisprudencia elaboren distintas posibilidades de imputación, tal como sucedió en los conocidos casos *Contergan*, *Lederspray*, *Caso del aceite de Colza* (distribución de aceite de colza no destinado a la alimentación humana sino a actividades industriales y casi exclusivamente, a las siderúrgicas y que fue desnaturalizado con anilina, mayoritariamente por vendedores ambulantes, que provocó trescientos treinta muertos y quince mil afectados). En los dos últimos casos, sólo existía una coincidencia temporal (en el caso del uso del spray) o una relación estadística llamativa (entre la aparición de síndromes tóxicos y la distribución del aceite).

Los tribunales -alemán y español, respectivamente- tuvieron que decidir cómo debe probarse una *ley causal general*, que no requiere de una comprobación precisa de los mecanismos causales pues bastaría una comprobación estadística y la exclusión de otra posible causa del resultado<sup>291</sup>. Sin embargo, la admisión de una ley causal por el juzgador no es un acto de libre apreciación de la prueba, sino una particular decisión judicial.

Los supuestos de comercialización de ciertos productos peligrosos para la salud pueden suponer responsabilidad por el producto, cuyo resultado puede identificar dos momentos: cuando el producto peligroso es ofrecido en el mercado y cuando el producto ya ha sido utilizado y se han causado lesiones o muertes dolosas o imprudentes. Estas situaciones marcadas por la complejidad de la elaboración y distribución de un determinado producto, pueden plantear problemas de prueba sobre la causalidad y consecuentemente de la imputación del resultado; sin embargo han motivado que la doctrina admita una amplia posibilidad de imputación del resultado, incluso si fracasara la *conditio sine qua non*, aunque es un tema muy controvertido.

En la experiencia internacional, son paradigmáticos el caso *Contergan*, el caso *Lederspray* (entre millares de usuarios de pulverizadores para la protección del cuero se observó la aparición de unos cuarenta casos de edemas pulmonares -*problema de causalidad múltiple*-), el *Caso del aceite de la colza* (distribución de aceite de la colza –no destinado a la alimentación humana sino a actividades industriales y casi exclusivamente a las siderúrgicas- que fue desnaturalizado con anilina, mayoritariamente por vendedores ambulantes que provocó 330 muertes y quince mil afectados, a pesar que no pudo reproducirse experimentalmente ni conocerse el concreto mecanismo causal que originó las muertes).

En los dos últimos casos solo existió una coincidencia temporal (en el caso del uso de spray) o una relación estadística llamativa (entre la aparición de síndromes tóxicos y la distribución del aceite). Los tribunales alemán y español respectivamente tuvieron que decidir cómo debe probarse una *ley causal*

---

<sup>291</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 139 y ss.



*general*. Así, si bien un enunciado estadístico no es una ley causal sino a lo sumo un indicio de su existencia, entonces la admisión de una ley causal por el juzgador no es un acto de libre disposición de la prueba, sino una particular decisión judicial. Las ciencias empíricas no disponen de estándares de validez general para la prueba de hipótesis causales generales (leyes causales). Por esta razón un Tribunal puede basar su sentencia en una hipótesis causal que se reconozca suficientemente confirmada por un sector representativo de la ciencia empírica correspondiente<sup>292</sup>.

## 5.8. CUMPLIMIENTO DE DEBERES DE FUNCIÓN O DE PROFESIÓN

Para un sector de la doctrina peruana se trataría de una causa de justificación<sup>293</sup>. Queda la duda si se trata de un supuesto de ausencia de imputación objetiva (*atipicidad*). El problema parece complicado: no actuar sería igualmente típico como actuar. Cabe la posibilidad de que el actuar bajo el cumplimiento de un deber sea un riesgo permitido que excluye la imputación objetiva del comportamiento, aunque también puede considerarse como una conducta cotidiana dentro de los alcances de la prohibición de regreso. Queda abierta la discusión.

En el derecho penal peruano es mayoritaria la opinión que ésta es una causa de justificación. Por nuestra parte, consideramos que se trata de un supuesto de ausencia de imputación objetiva (*atipicidad*) pues, "cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara". En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes (Art. 20 inc. 8 C.P peruano) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.

Así, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que *"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 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 la sanción al médico que lo incumple"*<sup>294</sup>.

Estos supuestos de **obligaciones específicas de actuar**, conforme a su función o profesión, incluyen la actividad de médicos, funcionarios, etc. y plantea dificultades hermenéuticas, pues resulta necesario conocer el

---

<sup>292</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., p. 23.

<sup>293</sup> HURTADO POZO, *Manuel de Derecho penal. Parte General*, 3ª edición, cit., p. 573. Con una posición diferente, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 220-221.

<sup>294</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., p. 24.

contenido de las regulaciones administrativas de cada función o profesión. Para comprender cuando estos profesionales actúan dentro de sus respectivas competencias y atribuciones de su cargo es necesario remitirnos a un dispositivo extra-penal. Así, el problema puede surgir en el supuesto de disposiciones confusas. "Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos del poder, arbitrariedades, etc. de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación".

Recientemente, el Decreto legislativo N° 982 ha introducido al art. 20° del Código penal peruano un nuevo inciso (N° 11) que corresponde al *cumplimiento de deberes militares y policiales*, quienes en el cumplimiento de su deber usan armas de fuego reglamentarios con resultados de muertes o lesiones. Creemos que esta reciente modificación resulta innecesaria por estar comprendida en el inc. 8 del mencionado art. 20° CP peruano y además, consideramos errada la sumilla asignada al art. 20° del CP por el D. Legislativo 982 (de 21 julio 2007) que califica a esta causal dentro de los supuestos de inimputabilidad<sup>295</sup>.

Al respecto, recientemente la Ejecutoria Suprema del 22 de diciembre de 2004, R. N. 1062-2004-Lima, considerando séptimo, ha establecido lo siguiente: "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 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 la sanción al médico que lo incumple".

## CONCLUSIONES

1.- El debate, a estas alturas bizantino, en torno al concepto de acción nos ha enseñado que se tiende a una sobrevaloración de su importancia para el sistema de la teoría del delito, que es particularmente propio de un modelo de pensamiento analítico-clasificador, en el que debía cumplir con diversas exigencias y no confundirse, de este modo, con las restantes categorías dogmáticas como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Como bien enseñan JAKOBS y HERZBERG y, en general, una línea teórica más o menos reciente, la acción debe ceder su lugar, como primer filtro en el que se decidía la relevancia jurídico-penal de una conducta, a la teoría del tipo como el lugar en el que en definitiva ha de determinarse qué conductas tienen un específico significado jurídico-penal.

---

<sup>295</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010., cit., p. 25.

En el presente trabajo, concluimos defendiendo el concepto social de acción por encontrarlo más cercano a la valoración propia de la tipicidad penal y, en la actualidad, a la moderna teoría de la imputación objetiva. En tal virtud, la acción con significación penal ha de ser comprendida como un proceso de comunicación.

2.- La imputación objetiva no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, en general es una teoría del comportamiento típico. La causalidad entre una acción y su resultado sólo puede constituir una de los niveles de la teoría de la imputación objetiva. Un primer límite mínimo para la realización típica es la causalidad natural. Luego, seguirá la realización de los restantes presupuestos de la imputación objetiva, según se ha visto en el desarrollo de esta investigación.

3.- Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente. Por ello, no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. En este sentido, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* y la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad debe apreciarse *ex post*

De acuerdo al acelerado ritmo de interacción que experimenta la sociedad, se ha denotado la existencia de ciertos riesgos tolerados jurídicamente, por ello es que los sociólogos consideran a la sociedad actual como la sociedad del riesgo, en virtud de ello, el Derecho penal, no puede recortar los límites de libertad en la actuación de las personas y prohibir que estos creen ciertos riesgos permitidos, inherentes a sus labores cotidianas.

Se ha de constatar que en la actualidad el rol social asignado a una persona es un elemento de la realidad que puede servir de instrumento para interpretar de manera correcta el sentido objetivo de una conducta.

Para determinar el encuadre de una conducta en un tipo penal, debe quedar establecido que sólo pueden defraudarse las expectativas sociales que son parte del rol como estructura social; cualquier otra defraudación es irrelevante para el Derecho penal, aunque claro puede tener relevancia para otros ámbitos.

4.- En la actualidad, la prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de conductas que se realizan de modo estereotipado (inocuo, cotidiano, neutral), conductas que, por tanto, se apartan de una comunidad delictiva. En esta medida, esta institución de la imputación objetiva del comportamiento se trata de un eficiente criterio de delimitación de ámbitos de responsabilidad, pues "no todo es asunto de todos". Es decir; como un instrumento de separación de roles, bajo los cuales se puede observar objetivamente la relevancia o irrelevancia de las conductas, apreciando siempre el contexto bajo las cuales se desarrollan. Por tanto, la prohibición de regreso intenta explicar que un aporte hecho no "participa" en tanto se trate de

una conducta que se encuentra dentro de un “rol”, es decir que respeta una posición definida normativamente , la cual –a su vez- se vincula a deberes dentro de la sociedad.

El rol se deberá mover dentro del riesgo permitido, que para JAKOBS, ampliando la opinión de Reyes Alvarado, se encuentra delimitado por un cálculo de costos y beneficios, cuestión que no necesariamente se debe expresar en el marco de lo jurídico, sino que debe mirar a lo socialmente adecuado

Los límites de la prohibición de regreso pueden ser tan difíciles de determinar en el caso concreto, pues el comportamiento depende del contexto. En los delitos de omisión no basta la evitabilidad del resultado, debe agregarse la responsabilidad del capaz de evitarlo, en tanto en la comisión, a la causalidad (evitable) ha de añadirse la responsabilidad por la consecuencia. Se debe observar el supuesto que quien origina un curso causal dañoso, en el caso el autor, no se podrá distanciar de las consecuencias.

5.- Se advierte un resurgimiento del tratamiento de la víctima en el Derecho penal, en el caso de la moderna teoría de la imputación objetiva: la definición de un conflicto social a partir de la atribución de competencia a la víctima (a quien a primera vista aparece como agraviado).

6.- Es posible apreciar a nivel social la existencia de indicadores normativos que permiten contar con una expectativa de comportamiento de los demás, la cual se encuentra estandarizada en la sociedad, a tal punto que es posible confiar en su realización en determinado contexto.

7.- En los delitos de resultado o de lesión, no sólo se exige la tipicidad de la conducta en sí, además se exige que el carácter no permitido -típico- de la conducta haya conducido a un resultado específico, típicamente relevante. De no ser así, la conducta será punible únicamente a título de tentativa.

8.- En definitiva, las posibilidades que para la dogmática jurídico-penal se abren con la teoría de la imputación objetiva parecen ser promisorias. Ante todo, si consideramos que esta teoría es el fruto de un enfoque funcional del Derecho penal que presupone la consideración de una dimensión social de sentido como forma de vincular Derecho penal y realidad social, entonces el análisis acerca de si una conducta puede adquirir o no significación jurídico-penal también habrá de efectuarse en el contexto de la relevancia social de la conducta y no en el fenómeno causal en sí.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**ANARTE BORRALLO, Enrique**

**2002      *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva.**

**BACIGALUPO, Enrique**

2004 *Derecho penal. Parte general*, Presentación y anotaciones de Percy García Caverro, Ara, Lima.

1998 *Principios de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid.

1997 *Manual del Derecho Penal*. Themis Editorial, Santa Fe de Bogota.

BECK, Ulrich.

2007 *Vivir en la Sociedad del Riesgo Mundial*. Traducción de María Ángeles Sabiote González y Yago Mellado López. CIDOB ediciones. Barcelona.

BORJAS CALDERÓN, Karl Andrei.

2009 *Evolución dogmática de las teorías del concepto jurídico penal de acción*. En Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mayo 2009.

BRAMONT ARIAS, Luís

1978 *Derecho penal. Parte general (hasta la tipicidad)*, T. I, 3ª ed., Vilock, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel

2000 *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima.

BRINGAS Luís Guillermo.

2009 *Intervención Delictiva y Prohibición de Regreso: Apuntes sobre la Normativización en el Ámbito de la Participación*. En, Revista Latinoamericana de Estudios en Ciencias Penales y Criminología. [Fecha de publicación, Noviembre 2009]. Disponible en, <http://www.ilecip.org/pdf/ilecip.Rev.003-04.pdf>

BUSATO, Paulo César,

2007 *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., España.

BUSTOS RAMÍREZ Juan.

1993 *"Victimología: presente y futuro"*. Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1993.

2005 *Introducción al Derecho Penal*. En, Obras Completas, Tomo I de la Parte General. ARA editores. Lima.

CANCIO MELIÁ, Manuel

2005 "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la imputación objetiva", en *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs*, Guillermo Jorge Yacobucci (director), Ara, Lima.

2001 *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, J.M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, Barcelona-Bogotá.

CARO JOHN, José Antonio

2003 *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.

2004 *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Grijley, Lima.

CEREZO MIR José.

2000 *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*. Volumen II. TECNOS, 6ª ed. Madrid. 2000

2008 *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*. En, Revista Jurídica de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología. [Fecha de publicación, Julio del 2008] Disponible en; [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/280709/dpinfluencia\\_welzel.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dpinfluencia_welzel.pdf)

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

1998 *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona.

CUELLO CONTRERAS Joaquín.

2006 *Fundamentos para un sistema Lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*. En, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS, ISSN 1695-0194 RECPC 08-01 (2006). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf>

2007 *Autoría y participación en un sistema lógico – funcional*. En: Dogmática actual de la autoría y participación criminal, IDEMSA, Junio 2007.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz,

1995 *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid.

DIETRICH HERZBERG, Rolf.

2008 *Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción. Traducción de Sergi Cardenal Montraveta. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos, ISSN 1695-0194 RECPC 10-01*

DONNA Edgardo Alberto.

1995 *Teoría del Delito y de la Pena 2. Imputación Delictiva. Astrea Editorial, Buenos Aires. 1995.*

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José

2002 *Imputación objetiva en Derecho penal, Monografías Penales 2. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley. Lima.*

FRISCH, Wolfgang

2000 "La imputación objetiva: Estado de la cuestión", en ROXIN, Claus/JAKOBS, Günther/SCHÜNEMANN, Bernd/FRISCH, Wolfgang/KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, Madrid.

2004 *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA CAVERO, Percy

2003 *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura - Ara, Lima.

2003 *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, ARA, Lima.

2005 "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú". En, *Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Civitas. Lima

2007 *Derecho Penal Económico – Parte General, T1*. Segunda edición, Grijley, Lima.

GARCÍA MUÑOZ, Oliver.

2003 *Deberes de vigilancia y prevención de la Administración de conductas ilícitas y prohibición del regreso. Comentario a la STS, 3ª, 28.9.2002*. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. InDret. Barcelona.

GIDDENS A. / BAUMAN Z. / LUHMANN N. / BECK U.

- 1996 *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, Contigencia y Riesgo* Josetxo Beriain (Comp.). Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Revisión técnica de Josetxo Beriain. Cultura Libre, Primera Edición, Barcelona.

GILI SALDAÑA, M<sup>a</sup> Àngels.

- 2004 *Vallas, avisos y culpa exclusiva de la víctima.* Facultad de Derecho Universidad Pompeu Fabra. InDret. Barcelona.

GIMÉNEZ ALCOVER Pilar

- 1993 *El derecho en La teoría de La sociedad de Niklas Luhmann.* J.M. Bosch Editores, Barcelona.

GÓMEZ RIVERO, María Carmen

- 1998 *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia ala problemática del SIDA,* Tirant lo blanch, Valencia,.

GUILLERMO BRINGAS, Luís Gustavo.

- 2008 *Intervención delictiva y Prohibición de regreso: Apuntes sobre la normativización en el ámbito de la participación.* En: Revista Jurídica – Colegio de Abogados De La Libertad.

HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco,

- 1995 *La responsabilidad por el producto en Derecho penal,* Tirant lo blanch, Valencia.

HERZBERG, Rolf Dietrich

- 1999 "Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito "típica", en *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* Diego-Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig (directores), Monografía Ciencias Jurídicas, Me Graw Hill, Madrid.

HURTADO POZO, José



2005 *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, 3ª ed., Grijley, Lima.

1987 *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima.

IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, Hugo R.

2010 *Contenido del injusto penal culposo: la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia*. En, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, [fecha de publicación, 31 de Julio del 2010], [Fecha de cita, 20 de Septiembre del 2010], Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,486,0,0,1,0>

JAKOBS, Günther

2001 *La imputación objetiva en derecho penal*, 1ª reimpresión, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima.

2000 *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá / Bernardo Feijóo Sánchez / Enrique Peñaranda Ramos / Marcelo A. Sancinetti / Carlos J. Suárez González, Palestra, Lima.

2000 *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En: JAKOBS Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley. Lima.

JAKOBS, Günther / STRUENSEE, Eberhard.

1998 *Problemas Capítales del Derecho Penal Moderno*. Libro Homenaje a Hanz Wenzel. Prologo y Presentacion de Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas

2002 *Tratado de derecho penal parte general*, 5ª ed. renovada y ampliada, trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Gomares, Granada.

KARGL, Walter.

2005 “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?”. En *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, Carlos Gómez-Jara Díez. Comares. Granada.

KINDHÄUSER, Urs.

2008 *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Indret. Barcelona. 2008.

LESCH, Heiko Hartmut

2001 *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, trad. de Ramón Ragúes, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá.

LORAT Martín Daniel.

2007 *Crítica a la teoría de las normas desde una perspectiva funcional conflictiva, y sus consecuencias en cuanto al concepto de acción y de culpabilidad*. En, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, [fecha de publicación, 10 de Noviembre del 2007], [Fecha de cita, 21 de Septiembre del 2010], Disponible en:  
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,108,0,0,1,0>

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.

2004 *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Con anotaciones y referencias al Derecho penal peruano por el Dr. Luís Miguel Reyna Alfaro. Gaceta Jurídica, 1ª ed., Lima.

LUHMANN, Niklas

1998 *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Trotta Editorial, Madrid.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael.

2006 *Teoría de la Antijuridicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones Jurídicas. México.

MAZUELOS COELLO, Julio

2003 "El delito imprudente en el Código penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual", en *Anuario de Derecho penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal peruano*, PUCP, Lima, 2003.

MIR PUIG, Santiago

2002 "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 3, Lima.

MONTERO CRUZ, Eduardo.

2008 *El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs.* En Revista Electrónica de Derecho Penal. [Fecha de publicación, abril del 2008], [fecha de cita, 22 de Septiembre del 2010]. Disponible en;  
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes

1998 *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

PARMA, Carlos

2004 *La prohibición de regreso Günther Jakobs y la participación criminal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

PEÑARANDA RAMOS, SÚARES GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ.

1998 *Un nuevo sistema de Derecho penal.* Grijley. Primera edición. Lima.

2008 *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito.* En Revista Biblioteca Virtual, Cervantes Virtual. [Fecha de Publicación, Julio, 2008]. Disponible en:  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_12.pdf).

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio.

2005 *Rol social y sistema de imputación: Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal.* J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; JAKOBS Günther.

2000 *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría Jurídica del Delito.* Volumen I. BOSCH. 1ª ed., España.

2006 *Las Condiciones de Juridicidad del Sistema Penal, Derecho penal del enemigo y Concepto jurídico – penal de acción en una perspectiva funcionalista.* Libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Grijley. Lima.

POLAINO NAVARRETE, Miguel,

2007 *¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?.* Grijley. Lima.

QUIRÓS PÍREZ, Renén

2009 *Manual de Derecho Penal I*, Felix Valera, La Habana.

RAYMUNDO PEREDA, Jean Carlos.

2009 *Sobre la recepción de la prohibición de regreso en la jurisprudencia penal peruana. Propuestas de solución normativistas en el ámbito de la participación*. En *Revista Electrónica de Derecho Penal*. [Fecha de Publicación, 12 de Febrero del 2009], [fecha de cita, 25 de Septiembre del 2010]. Disponible en;  
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,536,0,0,1,0>

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.

2010 *Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión*. En, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, [Fecha de Publicación, 31 de Julio del 2010]; [Fecha de Cita, 22-09-2010]; Disponible en:  
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,63,0,0,1,0>

REYES ALVARADO, Yesid

1996 *Imputación objetiva*, 2ª edición revisada, Temis, Bogotá, 1996.

ROBLES PLANAS, Ricardo.

2003 *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid/Barcelona.

ROMERO FLORES, Beatriz.

2001 *La Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes*. En *Anuales de Derecho*. Universidad de Murcia, Numero 19.

ROXIN, Claus

2004 *Problemas actuales de dogmática penal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Derecho penal contemporáneo, Ara, Lima.

1997 *Derecho Penal. Parte General*, T. I, trad. a la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

RUSCONI, Maximiliano.

2009 *Victima e ilícito penal: algunas reflexiones sobre la victimo-dogmática.* En, Website de derecho penal, procesal penal y criminología. Alfonso Sambrano. [Fecha de publicación, Marzo, 2009]. Disponible en: [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/index2.htm](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index2.htm)

OSSORIO Y FLORIT, Manuel

1984 *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN, Bernd

2000 *La culpabilidad: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

2003 "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley, Lima.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos.

2002 *Manual de Derecho penal, Parte General, Tomo I*. Civitas. España.

STRATENWERTH, Günter.

2005 *Derecho Penal. Parte general I*. traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. 4ª ed. Buenos Aires. 2005.

TAVARES, Juárez E. X.

1983 *Teoría del delito. Variaciones. Tendencias*, trad. de Nelson R. Pessoa, Hammurabi, Buenos Aires.

TORIO LÓPEZ, Ángel

1986 "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIX, Fascículo I enero -abril, Publicación del Consejo Superior de Investigación Jurídica del Ministerio de Justicia, Madrid.

TULIO RUIZ, Servio.

1978 *La Estructura del Delito*, Editorial Temis, Bogotá.

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

**2009** *Cuadernos de Derecho Penal No. 1.* Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda

**VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.**

**1990** *Lecciones de derecho penal. Parte general,* Cultural Cuzco, Lima.

**2010** *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana.* Instituto de derecho penal europeo e internacional. Universidad de castilla la mancha. Febrero 2010.

**VOSSGATTER GENANNT NIERMANN, Isabel,**

**2005** "Concepto social de acción e imputación objetiva", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 6, Lima, 2005.

**WELZEL, Hans**

**1997** *Derecho penal alemán. Parte General,* trad. de la 6<sup>a</sup> ed. alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Buenos Aires.

**WOLTER, Jürgen**

**1999** "Las causas constitucionales de exclusión del tipo de injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña/Santiago Mir Puig (directores), Monografía Ciencias Jurídicas, Mc. Graw Hill, Madrid.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl**

**1998** *Manual de Derecho penal, T. I,* Ediciones Jurídicas, Buenos Aires.

**1982** *Tratado de derecho penal. Parte general, T. IV,* Ediar, Buenos Aires

**ZAFFARONI Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro.**

**2002** *Derecho penal. Parte general,* EDIAR. Buenos Aires.