



Centro de Estudios
de Justicia y Derechos Humanos

Manual teórico-práctico de teoría del delito

José Antonio Caro John

Primera Edición
Tratado de
Teoría del Delito



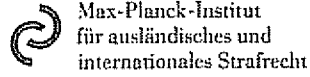
Manual teórico-práctico de teoría del delito
José Antonio Caro John

Tratado de
Teoría del Delito



JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

MANUAL TEÓRICO-PRÁCTICO DE TEORÍA DEL DELITO
MATERIALES DE APLICACIÓN A LA INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA



JOSÉ ANTONIO CARO JOHN
Doctor en Derecho por la Universidad Bonn
Profesor de Derecho penal

MANUAL TEÓRICO-PRÁCTICO DE TEORÍA DEL DELITO
MATERIALES DE APLICACIÓN A LA INVESTIGACIÓN
Y JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN EL EJERCICIO
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA



Implementada por
giz Geräte- und Informations-Systeme



MANUAL TEÓRICO-PRÁCTICO DE TEORÍA DEL DELITO
MATERIALES DE APLICACIÓN A LA INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Derechos Reservados. Material gratuito, prohibida su venta. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso y por escrito de los editores. El autor es responsable de la selección y presentación de los hechos contenidos en este libro, así como de las opiniones expresadas.

Autor

José Antonio Caro John

Edición y revisión de contenidos

Jan-Michael Simon, Horst Schönbohm y William Ramírez

Responsable de la contribución de la GIZ

Hartmut Paulsen - Director el Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado

Tiraje

1,000 ejemplares - Primera Edición. Junio 2014

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:

Nº 2014-07116

ISBN: Nº 987-9972-854-65-1

- © Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional
Dirección: Günterstalstrasse 73, 79100 Freiburg, Alemania
Teléfono: +49 7617081-0
www.mpicc.de

- © Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ
por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo - BMZ
Programa: Buen Gobierno y Reforma del Estado
Proyecto «Apoyo a la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú». Ejecutado por AMBERO Consulting Gesellschaft mbH.
Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 - Piso 5 - El Olivar - San Isidro - Lima 027
Teléfono : + 51 (1) 421-1333 Fax : + 51 (1) 421-4540
www.gobernabilidad.org.pe

Diseño y diagramación:

ARA Editores E.I.R.L.

Géminis Nº 701 Dpto. 301-B Lima 39

Teléfono: 428-3318 / E-mail: araeditores@yahoo.com

Impresión y encuadernación:

Impresiones Angélica E.I.R.L., Jr. Huamanga 145, Lima 1

«Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir 'sistemáticamente'. Como ciencia sistemática establece el fundamento para una administración de justicia igualitaria y justa, puesto que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera la aplicación del Derecho del azar y la arbitrariedad. Pero la ciencia penal es una ciencia 'práctica' no sólo porque ella sirve a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, porque ella es una teoría del actuar humano justo e injusto, de manera que sus últimas raíces se extienden hasta los conceptos fundamentales de la filosofía práctica».

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*,
11ª ed., Berlin 1969, p. 1.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
PRÓLOGO	15

§ 1

EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA PENAL

I. Punto de partida: intuición vs. sistemática	21
1. El pensamiento intuitivo	21
2. El pensamiento sistemático	24
II. Dogmática jurídico-penal y sistema del delito	26
1. La dogmática jurídico-penal	26
2. El sistema del delito	29
III. Dogmática penal aplicada	31
1. ¿Dogmática como mero arte por el arte?	31
2. Retos de una dogmática penal aplicada	35
IV. Dogmática penal de la administración pública	38

§ 2

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. El adiós del dogma causal	43
II. El sentido normativo de la imputación	48
III. Institutos dogmáticos de la imputación objetiva	49
1. El riesgo permitido	52
a. Ámbito de aplicación	52
b. Superación del riesgo permitido	54
c. El rol como factor de imputación	58
d. El principio de confianza	65
e. Las compensaciones	69

2.	La prohibición de regreso	71
a.	Contenido	71
b.	Teorías acerca de la prohibición de regreso	74
c.	Excepción a la prohibición de regreso	82
3.	La imputación a la víctima	86
a.	Contenido	86
b.	La autorresponsabilidad de la víctima	89
c.	Elementos de una imputación preferente al ámbito de la víctima	91
d.	Algunos casos de la práctica penal.....	91
IV.	Ejercicio de la práctica penal: «Caso quince millones»	98
1.	Hecho imputado	99
2.	Problema jurídico	102

§ 3

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I.	Consideraciones generales	111
II.	Orden metodológico: la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva	113
III.	El carácter normativo del conocimiento penalmente imputable	116
1.	Planteamientos dogmáticos de solución: los graves inconvenientes de una visión psicologicista	116
2.	La concepción normativista y sus ventajas en un plano práctico	118
IV.	Irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva	122
V.	El dolo	127
1.	Contenido del dolo	127
2.	La prueba del dolo	135
VI.	La culpa	141
1.	La culpa como error	141
2.	La infracción del deber de cuidado	145
VII.	Ejercicio de la práctica penal: Caso de peculado culposos ...	148
1.	Hecho imputado	148
2.	Problema jurídico	150

INDICE

§ 4

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:
LOS GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

I.	Intervención delictiva como vinculación entre sujeto y hecho	157
1.	Teorías	157
2.	Niveles de implicación entre sujeto y hecho	167
3.	Fundamento de punición del interviniente	171
4.	La culpabilidad como presupuesto de la intervención delictiva	174
5.	El colectivo típico	177
6.	La posición de deber	179
III.	Los delitos de dominio (competencia por organización)	181
IV.	Los delitos de infracción de deber (competencia por institución)	183
1.	Origen del concepto	183
2.	Contenido del delito de infracción del deber	188
3.	La autoría en el delito de infracción de deber	198
V.	¿Autoría mediata en aparatos organizados de poder?	204
VI.	Resumen	207
VII.	Ejercicio de la práctica penal: «Caso Fujimori»	208
1.	Antecedentes del caso	210
2.	La autoría mediata de Alberto Fujimori	212
3.	Fujimori: autor del delito de infracción de deber	222

§ 5

IDENTIDAD FUNCIONAL Y DE IMPUTACIÓN
EN LA ACCIÓN Y EN LA OMISIÓN.
EL DEBER DE GARANTE EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL

I.	Preguntas y (posibles) respuestas	229
II.	Rol y deber jurídico: las medidas de la responsabilidad penal ..	231
III.	Aspectos fundamentales de los delitos de omisión	233
1.	La omisión como sentido	233
2.	Naturaleza del deber jurídico de la omisión: en especial, la posición de garante	234
IV.	Perspectivas proyectadas de la omisión punible	237

V. La des-ontologización del concepto de omisión	239
1. Del mero no-hacer hacia la cláusula de correspondencia	239
2. La innecesariedad de una cláusula de correspondencia	244
VI. La identidad normativa de acción y omisión	246
1. La no distinción entre acción y omisión	246
2. El deber de garante	248
VII. La posición de garante y los deberes funcionariales	250
1. Deber de garante como deber positivo	250
2. El funcionario como garante	252
3. El Estado como garante	254
VIII. La imputación subjetiva común a la acción y la omisión	265
IX. Ejercicio de la práctica penal: Caso posición de garante del policía	266
1. El caso	266
2. Problema jurídico	268
BIBLIOGRAFÍA	273

PRESENTACIÓN

Un Estado de Derecho se fortalece cuando los miembros de la instituciones estatales actúan respetando los derechos y garantías fundamentales y cuando el aparato estatal está construido sobre los pilares de la ética, la transparencia y el principio de legalidad. Y, en este proceso de fortalecimiento y de gobernabilidad democrática, el sistema de justicia juega un papel importante.

Ello pues, el sistema de justicia resuelve los conflictos no sólo entre particulares, sino también entre particulares y el Estado, y por ese motivo, con sus decisiones cimenta la política estatal y posibilita la seguridad jurídica, elemento necesario para el desarrollo cotidiano de las actividades de los ciudadanos, de las empresas y del propio Estado.

En esa línea, los mecanismos y herramientas de lucha contra la corrupción en el sistema de justicia constituyen un elemento importante para consolidar la gobernabilidad y para proteger los derechos y garantías de los ciudadanos, y de esta forma evitar que los fondos estatales se desvíen hacia intereses particulares y no en beneficio de la población.

El trabajo a realizar por los operadores de justicia es, en suma, de vital importancia, y ello requiere una preparación y formación adecuada para resolver las diferentes situaciones que se le presentan. La dogmática jurídico penal juega un papel importante en este proceso de formación de los funcionarios; pero no una dogmática alejada de la realidad, sino una dogmática penal práctica anclada en la realidad peruana, que tome en consideración los diferentes aportes e innovaciones de la ciencia penal, como las diferentes teorías de la imputación objetiva y subjetiva, el sistema de intervención delictiva y la posición de garante del funcionario público, realizando dicho análisis tomando en consideración la jurisprudencia, la doctrina y la legislación nacional.

El Proyecto Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y de la Administración de Justicia en el Perú de la GIZ, que es ejecutada por Ambero Consulting, ha apoyado desde el inicio el proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, desarrollada por las instituciones estatales, y especialmente el fortalecimiento de las unidades de lucha contra la corrupción. Por ello, desde el inicio del proceso se ha trabajado en la elaboración de materiales teórico práctico que sirvan a los operadores en su quehacer cotidiano.

Este libro, forma parte de la serie sobre política anticorrupción que la GIZ está trabajando en cooperación con el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e internacional y está dedicado al tema de la dogmática penal. Se encargó la elaboración de este material al Doctor José CARO, quién con su conocida formación dogmática y activo ejercicio de la defensa penal, ha sabido plasmar la metodología de enseñanza teórica-práctica y ha elaborado el mismo de una manera que permite una ágil lectura pero sin perder profundidad en los diferentes temas que aborda.

Esperamos que la elaboración y difusión del presente material contribuya al proceso de formación y capacitación de los operadores de justicia y sea utilizado también por los estudiantes de las facultades de derecho que serán los abogados, fiscales y jueces del mañana.

Agradecemos al Dr. José CARO por la elaboración del presente material, a los profesionales que de una u otra manera han contribuido en las discusiones para la elaboración del mismo y especialmente a los miembros de la Procuraduría Especializada en delitos contra la corrupción de funcionarios quiénes dieron su tiempo y sus aportes para la publicación de la serie anticorrupción

Lima, mayo de 2014

HARTMUT PAULSEN

PRÓLOGO

El libro que nos complace prologar es el tercero de la serie «Lucha contra la corrupción» que forma parte del Proyecto «Consolidación de la reforma del sistema procesal penal y del sistema de justicia en el Perú», el mismo que es desarrollado de manera intensa por la Cooperación Alemana con la República del Perú, e implementada a través de la GIZ-Perú.

Habida cuenta que la práctica penal en lo referente al sistema anticorrupción en el Perú ha venido experimentando en los últimos tiempos un creciente interés por el estudio de los temas centrales de la dogmática penal, lo que se ve reflejado en la producción de los fallos judiciales donde es común el tratamiento de las teorías de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva, así como el sistema de intervención delictiva y la posición de garante especialmente del funcionario público, como parte del proyecto de cooperación de Alemania hacia el Perú consideramos oportuno confiar a un penalista peruano el estudio de estos temas, para esclarecer sobre todo los conceptos centrales de la dogmática de la Parte General que con mayor frecuencia son invocados en la aplicación práctica del Derecho penal. El trabajo debía considerar de una parte las aportaciones hechas por la ciencia penal en el plano teórico dogmático –de indiscutible influencia germana–, así como, de otra parte, la aplicación práctica de estos postulados con miras a contar con un libro que pueda servir de referencia para el estudio de los temas abordados en él, lo que implicaba el cultivo de una perspectiva teórico-práctica en el método a desarrollar.

Es así que confiamos al Profesor Dr. José Antonio CARO JOHN este cometido. El resultado del encargo es lo que el lector tiene ahora entre

sus manos, una obra que recoge el estudio de los temas centrales de la teoría del delito de mayor usanza en el sistema anticorrupción nacional, por lo que será de mucha utilidad para quienes se encuentran inmersos en el ejercicio práctico del Derecho penal en dicho sector, lo que no impide, naturalmente, su manejo en todos los demás ámbitos de la justicia penal.

El libro está dividido en cinco partes. No vamos a hacer una reseña de cada parte, puesto que no es esa la finalidad de este prólogo, sino más bien interesa resaltar que en todos ellos se aprecia un buen rigor investigador, confirmándose así con el tratamiento de los diversos temas –la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la autoría y la participación, y los deberes de garante– lo abordado en la primera parte del libro, que, a su vez, constituye el hilo rector del trabajo y de lo que la Cooperación Alemana se propone con el patrocinio de este tipo de obras: Que, es primordial resaltar el beneficio que representa el cultivo de un pensamiento sistemático en vez de un pensamiento intuitivo en el tratamiento de los expedientes penales. El anquilosado viejo método de trabajo de algunos operadores de justicia, de resolver los casos en función de su propia corazonada o de su sentimiento jurídico –según lo que su intuición le diga–, es criticado enérgicamente en este libro, lo que es muy correcto, porque por esa vía la sagrada misión del operador jurídico hacia una adecuada administración de justicia, respetuosa de los derechos fundamentales y de los principios de un Estado de Derecho, pierde su legitimación, generando peligrosamente una inseguridad jurídica, estimulando asimismo de manera lamentable la corrupción entre los abogados y los justiciables, quienes ante la incertidumbre o lotería de la decisión judicial optan mejor por «comprar la justicia» en vez de reclamarla correctamente.

La teoría del delito se ha escrito para que los jueces, los fiscales, los procuradores, todos los abogados en general, la estudien y apliquen correctamente en sus fallos, en las disposiciones fiscales, en los escritos de defensa, etc., y no para tenerla como un sistema de conceptos abstractos cuyo lugar corresponde a las aulas universitarias, para pasar luego al olvido después de abandonar la universidad. La teoría del delito aporta una riqueza conceptual basada en un pensamiento sistemático, ordena la argumentación jurídica en función de un sistema

PRÓLOGO

de conceptos –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– sirviendo precisamente para contrarrestar la arbitrariedad que genera una decisión fundada únicamente en la pura intuición judicial.

Estas cuestiones, entre otras más, constituyen el objeto del libro que la Cooperación Alemana pone a disposición del penalismo peruano con la finalidad de contribuir a la aplicación práctica del Derecho penal de una forma cada vez más objetiva y justa.

Lima, mayo de 2014.

JAN-MICHAEL SIMON
HORST SCHÖNBOHM
WILLIAM RAMIREZ

§ 1

EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA PENAL

«Una ciencia sin influencia en la práctica
es una ciencia castrada»¹.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

I. Punto de partida: intuición vs. sistemática

Cuando acontece un *hecho* que a primera vista reúne las condiciones para ser considerado *delictivo*, los penalistas disponemos esencialmente de dos caminos para determinar si el hecho alcanza la condición de delito. Estos caminos responden a dos grandes formas del pensamiento: a) el pensamiento intuitivo, y b) el pensamiento sistemático. Las decisiones adoptadas conforme a estos pensamientos tienen consecuencias diametralmente opuestas en la aplicación práctica del Derecho penal, condicionando la determinación de la relevancia penal de una conducta y la imposición de una pena, como a continuación se verá.

1. El pensamiento intuitivo

El pensamiento intuitivo se basa en el sentido común de las cosas, en la lógica generada por la íntima convicción judicial respecto de un hecho en particular. En algunos casos, en razón de la destreza que se obtiene con la experiencia, puede que el resultado alcanzado concuerde con una racionalidad general que permita calificar como *buena* la decisión adoptada. Sin embargo, el uso de este método no es aconsejable por su alta carga subjetiva desconocedora de criterios limitadores de los contornos de la intuición. Los casos resueltos con base en la pura intuición reflejan tan sólo una decisión judicial fundada en la mera suposición y el sentimiento jurídico de haberse acreditado los elementos del delito. Por ello, no le falta razón a NAUCKE al enfatizar que «la función del penalista es tomar distancia de su propio sentimiento jurídico»².

¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid 1999, p. 122.

² NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, trad. de la 10ª ed. alemana por Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires 2006, p. 3.

Un ejemplo ilustrativo de cómo opera en la práctica el pensamiento intuitivo se ve en la condena dictada en el denominado «caso de ladrón de gallina»³, que la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Junín tuvo la oportunidad de resolver.

Hechos probados: El 29 de octubre de 2004, siendo aproximadamente las 3.00 de la madrugada, una pobladora de la Comunidad Campesina de Huamalí, perteneciente a la provincia de Jauja, gritó que estaba siendo víctima de un robo. Algunos vecinos corrieron apresuradamente a darle auxilio, logrando detener al ladrón, que se aprestaba a huir llevándose consigo una gallina. Tras ser aprehendido, el sujeto fue trasladado a puñetazos y puntapiés a la plaza principal del pueblo, a donde llegaron más pobladores hasta alcanzar un número aproximado de 150 personas. El ladrón fue colgado por la «turba enardecida» en los mástiles que sirven para izar el pabellón nacional; allí fue bañado por una manguera con agua fría y golpeado violentamente con palos y piedras, que provocaron su muerte. La actuación de los pobladores estuvo condicionada de alguna manera por los constantes hurtos de sus ganados y pertenencias de que eran víctimas, unido a la deficiencia de las autoridades policiales en la investigación de hechos violentos sucedidos en anteriores oportunidades.

La Sala Penal de Junín, haciendo suyo los fundamentos de la Fiscalía Superior Penal, condenó a cinco personas como autoras del delito de homicidio calificado, entre ellas al Presidente de la Comunidad Campesina. Pero a éste, como autor en comisión por omisión, argumentando que:

«(...) en su calidad de autoridad tenía el deber jurídico de impedir que la turba enardecida (...) torturara al agraviado, pese a ello no hizo nada para impedirlo; como autoridad tuvo conocimiento de la aprehensión y presencié la golpiza al agraviado (...) y no evitó el trato cruel»⁴.

³ Cfr. la sentencia recaída en el Exp. 2005-003, fechada el 26 de enero de 2009.

⁴ Este fundamento se encuentra en la pág. 21 de la sentencia, pertenece al subtítulo «B) Respecto de la participación de los acusados» del Considerando Séptimo.

El deber supuestamente quebrantado estaría fundado en su condición especial de autoridad que lo convertiría en portador de un deber de garante de protección, con la obligación de evitar la muerte del agraviado. Este es un ejemplo de aplicación del pensamiento intuitivo.

Los jueces razonaron guiados por su intuición sobre la base del inabarcable mundo de sus representaciones individuales: su íntima convicción les hizo *presuponer* que existía un deber jurídico ante cuyo incumplimiento impusieron la condena al Presidente de la Comunidad de 4 años de pena privativa de la libertad efectiva.

Como veremos en el apartado siguiente –de la mano del pensamiento sistemático– aquí no debió dictarse condena alguna porque no es posible condenar como autor de homicidio calificado en comisión por omisión a quien en un contexto social determinado no es portador de deber de garante alguno. La tipicidad de este delito no alcanza a quien no supera los límites del ámbito de competencia que confieren sentido a su cargo. Este es el sentido del art. 20, inc. 8 CP, como una causa de exclusión de la imputación objetiva, que establece: «está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el *ejercicio legítimo* de un derecho, oficio o cargo».

Como es evidente, la intuición no conoce reglas metodológicas que brinden la garantía de una comprobación ordenada y segura de las categorías del delito. El pensamiento intuitivo se desenvuelve además en un campo diametralmente opuesto al *principio de culpabilidad*, respecto del cual el Tribunal Constitucional reconoce que constituye «un límite a la potestad sancionatoria del Estado [...]. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria solo pueden sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, *no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable*»⁵.

En idéntico sentido el pensamiento intuitivo deshace el *principio de necesidad de prueba* que impone la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez allí donde no existan pruebas. En palabras de DEVIS

⁵ Cfr. STC, Exp. N° 2868-2004-AA, F.J. 21 (subrayado añadido).

ECHANDÍA «se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio»⁶.

2. El pensamiento sistemático

El pensamiento sistemático muestra lo contrario al sujetar la valoración judicial a un sistema de reglas o a un orden metodológico de comprobación de los elementos configuradores del concepto de delito. Este sistema opera en un ámbito opuesto al de la íntima convicción con una existencia *por fuera* de la corazonada judicial permitiendo «llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria»⁷. Apartarse de un sistema de reglas para imponer cualquier convicción judicial sólo constituye un acto de *arbitrariedad*.

El «caso del ladrón de gallina» nos da ocasión para precisar que el sistema de reglas a que nos referimos es el mismo del sistema del concepto del delito estructurado como conducta típica, antijurídica y culpable. Este sistema tripartito constituye el presupuesto conceptual que aporta legitimación a la sanción penal en virtud del cual la relevancia penal de una conducta no puede ser sobreentendida. La conducta *per se* sólo es fenomenología, no aporta significado jurídico alguno; el significado jurídico-penal de la conducta se construye mediante un procedimiento mental de adscripción de sentido, de un sentido de relevancia en una dinámica operativa de comprobación ordenada, nivel tras nivel, categoría tras categoría, del concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable.

La estructuración del concepto de delito en un «sistema categorial de niveles»⁸ obliga a seguir un orden lógico preestablecido, y, cuando

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires 1970, p. 115.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2010, p. 285.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *et al.*, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona 1997, p. 41.

esto es puesto en práctica, es posible alcanzar una solución sistemática, segura, previsible, ajena a la arbitrariedad.

Sobre esta base, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema absolvió al Presidente de la Comunidad Campesina en el «caso del ladrón de gallina» tras comprobar que la conducta era atípica. Y si no concurre la categoría de la tipicidad, resulta innecesario verificar las siguientes. En el ámbito propio de la tipicidad, mejor dicho, al interior de esta categoría del delito, existe igualmente un orden de prelación en el análisis que empieza por el tipo objetivo. Si la conducta no alcanza la tipicidad objetiva, ya no hace falta hurgar en la tipicidad subjetiva. En coherencia con lo establecido por el Código penal en el art. 8, no es típica la conducta de quien en un contexto social determinado no quebranta los deberes inherentes a su cargo. En una aplicación práctica correcta de estas premisas, la Sala Penal Suprema decidió lo siguiente⁹:

«(...) En el caso del Presidente de la Comunidad, éste tiene sus deberes reglados en el Reglamento Interno de la Comunidad Campesina (...) con funciones tasadas, por lo que es necesario su remisión a ellas, del cual no se advierte el deber jurídico que lo obligue evitar el resultado muerte, pues sus atribuciones son de naturaleza administrativa». «(...) Al no ser atribuida al procesado la conducta positiva de evitar el resultado o de neutralizar el peligro no es posible atribuir el delito de homicidio calificado por omisión impropia, por lo que se impone la absolución de los cargos».

Felizmente la arbitrariedad del pensamiento intuitivo fue corregida. Los deberes que en el seno de la comunidad campesina daban sentido al cargo o ámbito de competencias del Presidente de la Comunidad tenían una naturaleza estrictamente administrativa y no de un deber de garante de protección y salvaguarda de la vida o la integridad corporal de los pobladores. La Sala Penal Superior ignoró que el deber de garante no es un deber genérico, sino un deber especial que para ser exigible debe estar contenido en el Reglamento Interno de la Comunidad. Con base en una pura intuición el colegiado había inventado un supuesto deber de garante de manifiesto contenido ético. En todo caso, lo único exigible jurídicamente al procesado en dicho

⁹ Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 695-2009-Junín, de 12 de junio de 2009 (ponente BARRIOS ALVARADO), fundamento décimo segundo.

contexto hubiese sido el cumplimiento de un deber de solidaridad mínima, pero no en virtud del cargo de Presidente de la Comunidad, sino en mérito a su estatus de ciudadano, como cualquier otro, en capacidad de prestar auxilio sin riesgo propio (omisión de socorro, art. 127 CP). Pero incluso en esta situación, una solución sistemática igualmente lo liberaría de responsabilidad por excluirse la categoría de la culpabilidad al mediar un estado de necesidad exculpante.

II. Dogmática jurídico-penal y sistema del delito

1. La dogmática jurídico-penal

El delito es un concepto edificado en tres niveles o categorías, a saber: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como tal, el delito es un «ente»¹⁰ o «haz de conceptos»¹¹ jurídicos que constituye el objeto de estudio de la dogmática. La dogmática no es privativa de una única corriente doctrinal, sino que presupone la existencia de una diversidad de ellas, y allí precisamente reside, en opinión de MORILLAS CUEVA, la «grandeza de la dogmática moderna, abierta, garantía de seguridad jurídica, impulsora de libertad, cuando no creadora de libertades, realista, práctica, alejada de reduccionismos logicistas y formalistas»¹². Mediante una ordenación lógica de los elementos configuradores del concepto de delito, la dogmática hace posible la obtención de soluciones seguras y previsibles. Ello es así porque, como sostiene POLAINO NAVARRETE, «el fin esencial de la dogmática jurídico-penal es *hacer segura* para el individuo la aplicación del Ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho»¹³.

La dogmática es lo propio del pensamiento sistemático, de tal manera que hacer dogmática es valorar, interpretar, argumentar y decidir la solución de un caso siguiendo un orden lógico preestablecido

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires 1973, p. 21.

¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima 2004, p. 61.

¹² MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «¿Sigue siendo necesaria una Dogmática del Derecho penal?», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.) / RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid 2010, p. 51.

¹³ POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., pp. 66-67 (subrayado en el original).

de categorías donde cada una de ellas presupone a la anterior: no es posible estudiar la culpabilidad si antes no se ha declarado que la conducta es antijurídica. Asimismo, sólo es posible analizar la antijuricidad porque la conducta ha sido declarada previamente típica. Pero si la conducta no ha alcanzado el nivel de la tipicidad, ya no hace falta continuar con el estudio ni de la antijuricidad ni de la culpabilidad.

El valor de la dogmática penal ha sido resaltado magistralmente por GIMBERNAT ORDEIG, quien subraya:

La dogmática «debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite»¹⁴.

Por su parte, también POLAINO NAVARRETE pondera, en un importante estudio, el valor de la dogmática en términos muy claros el «papel imprescindible que juega la Dogmática jurídico-penal en los sistemas punitivos de los modernos Estados de Derecho. Un papel —afirma— que no puede desconocerse, ni ser substituido por nada, sin

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires 1970, pp. 518-519.

riesgo a sufrir retrocesos alarmantes en la garantía y la seguridad jurídicas»¹⁵. Por ello, parafraseando a JESCHECK, sostiene que «la Dogmática no sólo garantiza la libertad sino que crea libertad, libertades»¹⁶.

Además, POLAINO NAVARRETE señala con precisión las funciones transcendentales que, a su juicio, desempeña la dogmática jurídico-penal¹⁷:

- La interpretación y crítica de las leyes penales.
- La ordenación y sistematización de toda la materia judicial en el orden criminal.
- La estabilización y cumplimiento de los principios jurídico-penales.
- La elaboración de proposiciones doctrinales ante los problemas dogmáticos.
- La seguridad jurídica en una aplicación uniforme y armónica del Derecho positivo.
- El perfeccionamiento del Derecho punitivo en cuanto ordenamiento regulador de conflictos criminales.

La dogmática jurídico-penal aporta el *concepto dogmático* del delito que no es el mismo que el *concepto legal* del delito. El concepto legal del delito tiene un sentido amplio o el de un marco general en el que confluyen los elementos básicos imprescindibles que debe reunir toda conducta para ser considerada como delito. Así lo establece el art. 11 CP al señalar que «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». Significa que la pena presupone que como mínimo la conducta reúna las características de una acción u omisión llevada a cabo mediante dolo o culpa. Es todo lo que aporta el concepto legal de delito.

¿Pero, de dónde se extrae -inclusive con una aceptación generalizada en la doctrina y la jurisprudencia- que el delito es una

¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, «El valor de la dogmática en el Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid 2005, p. 852.

¹⁶ POLAINO NAVARRETE, «El valor de la dogmática en el Derecho penal», cit., p. 852.

¹⁷ *Ibidem*, p. 850.

acción típica, antijurídica y culpable? La pregunta es respondida por la dogmática jurídico-penal, o también denominada ciencia del Derecho penal, mediante el *concepto dogmático* del delito como un sistema tripartito edificado o largo de una evolución y lucha de escuelas en los últimos dos siglos. Este sistema tripartito del concepto de delito no tiene apego alguno a legislación determinada porque su lugar pertenece a la *ciencia* del Derecho, capaz de soportar y sobrevivir a los cambios de la legislación, dotada de una fuerza que «pone en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo y ordena, pero al mismo tiempo le reconoce o le desconoce legitimidad a tal Derecho a partir de ese espíritu»¹⁸. El concepto dogmático –tripartito– del delito tiene el sello de origen alemán, constituye una de las más importantes «exportaciones» de la ciencia penal alemana y la «obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional»¹⁹. Pero, en la actualidad ya no es propiamente una doctrina «nacional» alemana, sino una doctrina «supranacional»²⁰ difundida de manera irrefutable con especial envergadura en el entorno cultural hispanohablante del Derecho penal. En esta parte hay que resaltar el pensamiento de GIMBERNAT ORDEIG quien, al desbaratar los falsos mitos y prejuicios sobre la consulta de la bibliografía extranjera, enfatiza que «el uso de la ciencia extranjera no es sólo signo de una evidente apertura de mentalidad. Es signo también de ciencia que aún no ha alcanzado el pleno grado de desarrollo, signo de que para ver y solucionar los problemas no basta con lo de la casa, porque en casa no se ha producido lo suficiente»²¹.

2. El sistema del delito

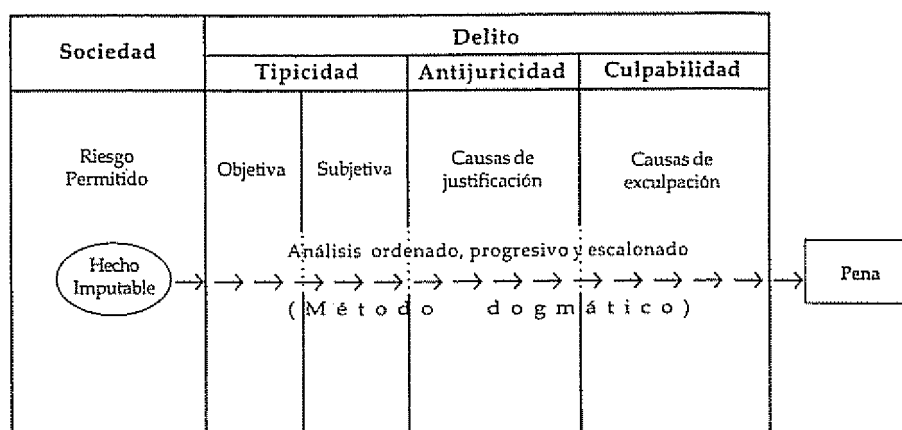
Ampliando lo acabado de decir, tenemos que la definición del delito como una conducta típica, antijurídica y culpable es ajena al Código penal. Ello es así porque esta definición pertenece a la dogmática jurídico-penal o a la ciencia del Derecho penal, más no a la legislación.

¹⁸ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, trad. Alex van Weezel, Thomson-Civitas, Madrid 2008, p. 23.

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid 1991, p. 31.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 285.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, cit., pp. 119-120.



La tipicidad es la primera categoría del delito y es el lugar donde se verifica si la conducta es subsumible (o sea, si es «típica») en un precepto (tipo) del Código penal. Ejemplo: La tesorera de una Municipalidad que autoriza el pago de diecinueve cheques que fueron cobrados por terceros que no tenían la condición de proveedores ni de prestatarios de servicios, ocasionando un perjuicio de noventa mil nuevos soles a la institución edil²³, realiza una conducta típica que se subsume en el tipo penal de «peculado», previsto en el art. 387 CP. Asimismo, si un funcionario público abusando de su cargo obliga a otro a dar un beneficio patrimonial, la conducta será subsumible en el art. 382 CP como conducta típica de «concusión». De esta manera la conducta practicada es *típica* por reunir los elementos requeridos por un tipo concreto del Código penal.

La antijuricidad es la segunda categoría del delito y es el lugar donde se verifica si la conducta reúne el significado de contrariedad

²³ Este caso corresponde al R.N. N° 1287-2012-San Martín, de 9 de octubre de 2013.

al ordenamiento jurídico. La comprobación de esta categoría, sin embargo, es hecha de manera negativa, mediante un juicio de valoración que parte por verificar si en la situación concreta concurre una causa de justificación que excluya la antijuricidad. Un elemento central de toda causa de justificación es necesario es la «situación de necesidad» que justifique porqué la conducta típica no alcanza la condición de antijurídica. Ejemplo: quebrantar un bien valioso en una situación de necesidad que justifique salvar la vida, excluye la antijuricidad de la conducta típica. A la concurrencia de la tipicidad y la antijuricidad en una conducta también se denomina «injusto».

La culpabilidad es la tercera categoría del delito, a la cual se llega sólo después de comprobar que la conducta es típica y antijurídica (es decir, si existe un injusto). Es el lugar donde se decide la imputación de responsabilidad personal a una persona por haber realizado una conducta que pudo y debió abstenerse de realizar. En la graduación de la culpabilidad entran en consideración el contexto personal y social del autor, como los criterios de prevención general positiva. Por ejemplo: la capacidad de comportarse del sujeto conforme a la norma en el contexto social concreto, como lo necesario para el fortalecimiento de la confianza de la sociedad en el Derecho.

III. Dogmática penal aplicada

1. ¿Dogmática como mero arte por el arte?

La dinámica operativa de la dogmática jurídico-penal aporta una ordenación lógica en el estudio de conceptos agrupados bajo el sistema tripartito del delito. En este sentido, conforme a lo ya expuesto en las líneas precedentes, si cabe identificar una de las características de la correcta aplicación de las categorías dogmáticas a los casos penales, es la garantía de seguridad jurídica que brinda al sujetar toda construcción doctrinal y jurisprudencial a un orden lógico de análisis de los elementos configuradores del concepto de delito, y, en particular, de los tipos penales.

A la luz de un par de ejemplos: no cabe analizar el dolo o la culpa si previamente no se ha establecido que la conducta es imputable objetivamente por reunir el sentido de la superación de un riesgo permitido; asimismo, en los delitos de participación necesaria (como el caso de la colusión ilegal del art. 384 CP), en la medida que la acción

típica requiere de una «concertación», es imposible imputar una responsabilidad únicamente a un autor sin tomar en cuenta la intervención del partícipe porque precisamente nadie «concierta» típicamente consigo mismo sino necesariamente con otro. Y así podríamos seguir enumerando más supuestos que muestran la capacidad de rendimiento de la dogmática en su función de proveer de seguridad jurídica a la solución de los casos penales.

No obstante lo acabado de afirmar, por mucho que sea evidente que la dogmática «sirve a la vida, a la aplicación del derecho»²⁴, no es infrecuente constatar en la doctrina el mal hábito de algunos dogmáticos de concebir y cultivar la dogmática como un mero «arte por el arte»²⁵, como si la potencia de la dogmática estaría reducida únicamente a procurar la mayor sutileza y exquisitez de la construcción de los conceptos jurídicos de modo ciego; esto es, como si fuese suficiente desarrollar dogmas en el interior del sistema con una coherencia impecable a modo de axiomas incontrovertibles, con la única preocupación que los conceptos estén articulados perfectamente en una teoría, sin importar en lo absoluto si tienen alguna posibilidad de aplicación práctica en el tratamiento y resolución de los casos penales.

Esta forma de cultivar la dogmática, como algo que sólo sirve para la teoría, condicionó en cierta medida que en el campo de la práctica se produjera un factor adverso contra ella despertando el escepticismo de algunos, pero no sólo contra la dogmática, sino incluso contra la propia teoría, resumida en el adagio popular «puede que esto sea correcto para la teoría, pero no sirve para la práctica»²⁶, contra lo que tuvo que lidiar fuertemente en su época el filósofo KANT. Es un hecho que el escepticismo desató el común «afecto contra la teoría»

²⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, p. 27.

²⁵ Un cultivo considerado estéril por GIMBERNAT ORDEIG, «Tienen un futuro la dogmática jurídico-penal?», cit., p. 495, destacando que, además de las cuestiones categoriales, la dogmática debería estar en condiciones de resolver problemas materiales que no siempre son alcanzados por la exquisitez de los conceptos jurídicos.

²⁶ Cfr. KANT, Immanuel, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Berlinische Monatsschrift*, 1793, pp. 201 ss., aquí conforme a la *Werk-Ausgabe in 10 Bänden*, tomo 9, editado por Wilhelm WEISCHDEL, Darmstadt 1975, pp. 125 ss.

del Derecho y la dogmática expresado en unas voces con diferentes tonalidades, como la del *nihilista*, que dice que el Derecho no es ciencia, la del *pragmático* que concibe el Derecho como una práctica que sigue sus propias reglas, la del *realista* que considera como única teoría válida la obtenida en la praxis judicial, entra otras²⁷. Sin embargo, si entre los extremos que separan la teoría y la práctica es posible encontrar un punto consensuado, éste sería, acorde con el legado de KANT para nuestro campo del Derecho penal, que entre la teoría y la práctica existe una relación sinalagmática donde la buena práctica no es otra cosa que una teoría bien aplicada, correspondiéndole a la teoría la función de rescatar al práctico de caer en la monotonía del litigio mecánico o en el automatismo de aplicación de la ley, mientras que a la práctica le corresponde la tarea de liberar al teórico de concebir el derecho como una simple metafísica, descollante a lo mejor en su exquisitez conceptual, pero vacía de realidad y de referente social.

En este contexto, le asiste autoridad a GIMBERNAT ORDEIG para sentenciar que «una ciencia sin influencia en la práctica es una ciencia castrada»²⁸. Con mayor claridad reluce la idea que la dogmática se desenvuelve entre la teoría y la práctica. Hay dogmática detrás de toda teoría y de toda práctica, por ejemplo: al emitir un dictamen acusatorio, al exponer un alegato ante un tribunal, cuando se dicta una sentencia. Si cada una de estas actividades es llevada a cabo con sujeción a un método ordenado –dogmático–, estamos ante una buena *práctica del Derecho*, puesto que, de lo contrario, todo ello se trataría de una mera *práctica de la arbitrariedad*²⁹ o de una suerte de lotería.

En el campo de la teoría de la ciencia penal, la dogmática siempre ha estado unida a la sistematización del concepto de delito. Hasta la segunda mitad del S. XVIII el significado de un sistema estaba limitado a la teoría contenida en un tratado de Derecho penal, de manera que la producción científica del dogmático radicaba en el descubrimiento de nuevas formas o categorías de explicación del concepto de delito. Esa tradición estuvo influenciada por el pensamiento común de

²⁷ Cfr. sobre estas cuestiones, JESTAEDT, Matthias, *Das mag in der Theorie richtig sein*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, pp. 3 ss.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, cit., p. 122.

²⁹ Cfr. ZACZYK, Rainer, «Über Theorie und Praxis im Recht», en *FS Dahs*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, p. 36.

construir de la manera más acabadamente posible los elementos configuradores del delito, todos ellos ordenados dentro de un sistema. Un ejemplo de esto se encuentra en la primera edición de la monumental obra de VON LISZT al exigir que la ciencia del Derecho penal «debe trabajar con conceptos claros y refinados que conduzcan a un sistema cerrado»³⁰. Si bien se debe a VON JHERING el descubrimiento de la «antijuricidad objetiva»³¹ en 1867, a partir del cual VON LISZT emprendió el ordenamiento de la sistemática del concepto de delito en una estructura bipartida de *antijuricidad* y *culpabilidad*, reservando para la culpabilidad lo subjetivo o anímico (lo interno) y trasladando a la antijuricidad la lesión causal (lo externo), no estaba, sin embargo, del todo aclarado la diferenciación entre ambas categorías dogmáticas. Es a partir de la aportación de la *tipicidad* efectuada por VON BELING en 1906 que el sistema de la teoría del delito alcanzó la configuración tripartita que hasta hoy en día todavía mantiene de forma dominante en la ciencia del Derecho penal. En esta obtención de un sistema del delito radica precisamente el prestigio de la dogmática penal alemana en el mundo, y, también el orgullo de uno de los más grandes dogmáticos del último siglo, me refiero a WELZEL, quien consideró que «la desarticulación del delito en tres diferentes y separados niveles estructurales de análisis y valoración aporta una alta medida de racionalidad y seguridad a la aplicación del Derecho y posibilita además mediante la diferenciación de niveles de valoración un resultado final equitativo. En esto consiste un sistema jurídico, que practica esta diferenciación, reflexionando en qué caso ella no procede. La ciencia jurídica alemana ha adoptado en general esta tripartición y la práctica alemana también la ha plasmado en sus resoluciones. Dónde establecer en concreto las fronteras del análisis y la valoración, el esculpir esos límites, ha costado sin embargo mucho esfuerzo y un extenso trabajo, encontrándose hasta nuestros días aun completamente incuestionables»³².

³⁰ VON LISZT, Franz, *Das deutsche Reichstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Berlin-Leipzig 1881, prólogo, p. V.

³¹ Cfr. VON JHERING, Rudolf, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1867.

³² WELZEL, Hans, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», en *JuS*, 1996, p. 421.

Con todo lo dicho, la dogmática penal aporta sin duda una claridad metodológica en la configuración y aplicación de las categorías tripartitas del delito, pero si la labor dogmática tuviera que limitarse tan sólo a esto, sin tomar en cuenta su referente de aplicación, se expondría a quedar reducida a una herramienta, probablemente perfecta como una obra de arte, pero inidónea para la solución de los conflictos sociales.

2. Retos de una dogmática penal aplicada

Es allí donde opera un cambio de paradigma, de una dogmática penal meramente sistemática a una dogmática penal aplicada, con el papel de servir como instrumento a la realización del Derecho en la práctica. Punto de partida es la normativización del Derecho penal y de los conceptos penales, que sido reconocido expresamente incluso por autores que provienen en un finalismo depurado: así, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS ha llamado recientemente la atención sobre el «momento crucial» de la dogmática penal, que él sitúa precisamente en la «normativización de la teoría del delito» así como en la «necesidad emergente» producida por «nuevos fenómenos de criminalidad, como la organizada», que a su vez genera una «actitud de rechazo» a la «dogmática naturalista» por su «inadaptación a los problemas de la sociedad compleja actual»³³. Por ello, ante la circunstancia actual es preciso modernizar la dogmática, adaptándola a los «nuevos problemas»³⁴, de manera que «la dogmática tradicional, hecha a medida del autor individual, se enfrenta a dificultades ante la nueva delincuencia y proporciona a la vez las claves para su solución»³⁵. En esa nueva delincuencia se halla, esencialmente, la criminalidad organizada y la delincuencia económica, empresarial y funcionarial. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ sostiene que «es necesario ampliar el campo de la sistematización más allá del ámbito del *injusto* y de la *culpabilidad*. La sistemática tradicional no ha estado en condiciones de ofrecerle al juez un instrumental sistemático que le guíe hasta la misma imposición de la pena. Por tanto es preciso realizar nuevos esfuerzos para ampliar el sistema e integrar en él la totalidad de los presupuestos relevantes para tal imposición»³⁶.

³³ CUELLO CONTRERAS, «Los casos "irresolubles" como paradigmas de la Dogmática penal», cit., p. 53.

³⁴ *Ibidem*, p. 76.

³⁵ CUELLO CONTRERAS, *ibidem*.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 290.

Esta cuestión pone de manifiesto que la capacidad de rendimiento de la dogmática no se limita únicamente a la sistematización categorial de los elementos del delito en el ámbito de lo sustantivo, sino también a dotar a la decisión judicial de todo un orden de conceptos en el que se compenetran necesariamente los valores del sistema penal en su conjunto (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de ejecución penal) y la Constitución. Esto es así porque detrás de los tipos penales hay derechos fundamentales en conflicto y no solamente elementos normativos que formalmente pueden configurar la tipicidad. La *aplicación* del Derecho como una actividad dogmática no solamente brinda una seguridad jurídica, sino ahora está en condiciones de mostrar que la decisión además de segura es *legítima* frente al ciudadano. Por lo mismo, la dogmática penal aplicada es una dogmática integral de la ciencia penal que no mira sólo «*al interior* del Derecho», sino en las «conexiones e interacciones del *Derecho con la sociedad*», porque precisamente en la referencia a la sociedad de la época es posible determinar si la decisión se compagina con las expectativas normativas recogidas en las normas, y si el Derecho penal está cumpliendo su función de reafirmación de la vigencia de dichas expectativas³⁷. De esta manera opera la legitimación del Derecho penal³⁸, que a juicio de JAKOBS muestra a su vez el papel del Derecho penal: «la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no es. Con otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso *verdadero*, la *verdadera* expresión de la constitución normativa de la sociedad»³⁹.

La dogmática penal obliga al jurista penalista a tener presente que el Derecho penal sólo es un subsistema diferenciado dentro del sistema jurídico⁴⁰,

³⁷ Fundamental sobre esta cuestión, POLAINO-ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: El potencial de sentido de un concepto», en JAKOBS, Günther *et al.*, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 60 ss.

³⁸ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, cit., pp. 17 ss. (subrayado en el original).

³⁹ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, cit., p. 22 (subrayado en el original).

⁴⁰ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, «La decisión penal. Consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, p. 506.

por lo que la labor dogmática no se limita únicamente a la sistematización categorial del concepto de delito. Es cierto que se debe conocer la teoría del delito, pues como resalta SILVA SÁNCHEZ, «quien carece de una sólida formación doctrinal no está en condiciones de aportar soluciones mínimamente plausibles a los problemas de la aplicación diaria del Derecho»⁴¹; pero, además de esto, la labor dogmática no puede sustraerse al buen manejo de las reglas ordenadoras del proceso penal por constituir éste el lugar donde se decide el Derecho y se da solución a los problemas de una manera que muchas veces el penalista dogmático no se lo puede imaginar ni explicar.

Existe además otra cuestión a precisar. Como todo proceso penal se desenvuelve en una hetero-administración o limitación de los derechos fundamentales del ciudadano, la actividad dogmática debe integrar a su vez el conocimiento de los derechos, las garantías y los principios constitucionales. Esto último es destacado de una forma categórica por TALAVERA ELGUERA al decir que «la Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal penal, sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal»⁴². La Constitución se convierte en una fuente de ineludible referencia, sobre todo cuando las instituciones del sistema penal resultan insuficientes para resolver los problemas surgidos por la colisión de derechos fundamentales quedando como única salida acudir a las herramientas propias del sistema constitucional, como, por ejemplo, a la teoría de la ponderación⁴³ con la idea de la no existencia de jerarquías entre derechos fundamentales, o, a la teoría de las

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ et al., *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, cit., p. 35 (subrayado agregado).

⁴² TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho probatorio y de valoración de las pruebas*, AMAG-GIZ, Lima 2009, p. 19.

⁴³ Fundamental sobre el tema, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, *passim*. Esta obra recoge valiosas aportaciones de JESTAEDT, ALEX, BERNAL PULIDO, entre otros, sobre la teoría de la ponderación, su formulación, sus fortalezas, debilidades, y más cuestiones.

esferas⁴⁴ según la cual entre los derechos fundamentales existen escalas de valoración preestablecidas. Con independencia de la elección de la teoría, la solución al problema será llevada definitivamente de la mano de los institutos propios del sistema constitucional.

De esta manera, estamos ante un nuevo rostro de la dogmática penal en el escenario de un *sistema penal integral*⁴⁵ donde es impensable aislar la dogmática sustantiva de su correspondiente probanza judicial bajo el tamiz corrector de la Constitución. Las reglas de la prueba⁴⁶, la imputación del dolo⁴⁷, constituyen algunos buenos ejemplos de cómo se viene desarrollando la idea que la abstracción que supone el quehacer dogmático viene a ser enriquecida por una *dogmática penal aplicada* que resuelve los problemas activamente no en una «auto-observación» al interior del Derecho penal, sino en una «hetero-observación»⁴⁸ del sistema penal en su conjunto.

IV. Dogmática penal de la administración pública

El desarrollo que en los últimos decenios ha tenido un concreto sector de la dogmática penal ha generado el surgimiento incluso de una nueva disciplina, que objeto de estudio en universidades y centros académicos de Latinoamérica y de Europa: el Derecho penal de la

⁴⁴ Cfr. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos Fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, Nº 32, Madrid 1991, p. 107.

⁴⁵ Cfr. WOLTER, Jürgen / FREUND, George (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, *passim*.

⁴⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada», en *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima 2004, p. 141: «La pretensión de garantizar un tratamiento uniforme de los casos solo tiene sentido si se admite que también en el ámbito de la valoración de la prueba *únicamente puede haber una solución jurídicamente correcta para cada supuesto de hecho*. Por ello, si se quiere avanzar en la búsqueda de un mayor grado de uniformidad es imprescindible elaborar y proponer pautas para tal valoración, sin que pueda servir como justificación para postergar esta tarea la afirmación de que en este ámbito la infinita variedad de los casos imaginables impide toda elaboración teórica con pretensiones de validez general».

⁴⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, *passim*.

⁴⁸ PIÑA ROCHEFORT, «La decisión penal. Consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal», cit., p. 505.

administración pública. Se trata de una disciplina en cuya rúbrica une dos elementos («Derecho penal» y «Administración pública») que, en principio, pueden parecer heterogéneos e incluso contradictorios⁴⁹. Cada una de esas dos disciplinas tienen sus ámbitos propios, sus «campos de juego», como ha dicho con precisión lingüística un estudioso del tema⁵⁰.

Pero esa contradicción es aparente, porque entre los elementos «Derecho penal» y «Administración pública» existe una *interacción funcional* necesaria y enriquecedora para ambos ámbitos, que se nutren de las aportaciones del otro de los subsistemas sociales, que quedan así, de esa manera, unidos en una íntima relación y en una interdependencia mutua, recíproca y bilateral. Tan íntima es la relación que puede hablarse de una *dogmática penal de la administración pública*, en la que se desarrollan los criterios dogmáticos aplicados a este peculiar sector funcional y administrativo.

El Derecho penal de la administración pública se caracteriza en razón de su concreto ámbito de contenido material (esto es: *ratione materiae*) y también en virtud de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídico-administrativas, esencialmente: la figura del funcionario público (*ratione personae*)⁵¹.

Esta caracterización en razón de la materia y de la persona viene a condicionar intensamente la configuración de la propia disciplina. Así, por ejemplo, el hecho de que esta disciplina trate de la organización y composición del Estado (englobando con ello a todo el granado organigrama administrativo que lo integra), su finalidad de proteger exclusivamente los intereses generales por encima de los particulares y el preponderante rol que desempeña la figura del funcionario público y de la autoridad hacen que la disciplina del Derecho penal de la administración pública se convierta en una disciplina especializada, como especiales son los sujetos (personas jurídicas: el Estado, la

⁴⁹ En este sentido, POLAINO-ORTS, Miguel, «Derecho penal de la Administración pública: concepto, evolución histórica y contenido», en POLAINO NAVARRETE, Miguel (dir.) / RANDO CASERMEIRO, Pablo / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal de la administración pública (Materiales docentes)*, Sevilla 2012, p. 19.

⁵⁰ POLAINO-ORTS, «Derecho penal de la Administración pública», cit., p. 19.

⁵¹ POLAINO-ORTS, «Derecho penal de la Administración pública», cit., pp. 23 ss.

Administración; y personas físicas: el funcionario, la autoridad) que desempeñan los roles de titulares de derechos y deberes en este peculiar sector del ordenamiento punitivo.

Por ello, en esta obra se tendrá siempre en cuenta la peculiaridad de la disciplina a la hora del desarrollo de los criterios dogmáticos: se propondrá, en suma, una *dogmática penal de la administración pública* acorde las circunstancias aludidas.

§ 2
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

«Nadie responde por las consecuencias
del cumplimiento puntual de una obligación»¹.

Günther JAKOBS

I. El adiós del dogma causal

La causalidad es irrelevante para determinar el carácter *típico* de una conducta. Sin embargo, durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación de un *nexo causal* entre la acción y el resultado². De este modo la fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación, de tal manera que el resultado causal era considerado idénticamente como un resultado típico. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior.

¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, pp. 842-845. La cita es tomada de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2270-2004-La Libertad, de 16 de septiembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO). Considerando segundo, publicada en el libro de SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutoria de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 316.

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

Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se aprecia en el denominado «caso del burdel»³:

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

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

Una imputación típica basada en la comprobación de la fenomenología externa de la acción y en el conocimiento psíquico del fenómeno responde al pensamiento del *dogma causal* arraigado en la dogmática jurídico-penal en el último tercio del S. XIX desde la incursión de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el Derecho penal, notándose su presencia posteriormente con diferentes matices en los distintos sistemas de la teoría del delito; desde el sistema *clásico*, luego en el sistema *neoclásico*, inclusive hasta en el sistema *finalista*. Bajo este esquema de interpretación no caben las consideraciones normativas dentro del juicio de valoración. No cabe preguntar, por ejemplo, en el presente caso cuál es el ámbito de competencia del vendedor de vino. Puede darse el caso desde otra

³ Este caso fue resuelto por el Tribunal del Imperio-Corte Suprema- alemán el 14 de junio de 1906, véase RGSt 39, pp. 44 ss.

perspectiva –con independencia de la causalidad desplegada por él y el conocimiento de la misma– que la conducta reúna el significado normativo de un obrar conforme a un rol socialmente estereotipado. Pero esta es una cuestión solamente comprensible dentro de un modelo *normativista* del Derecho penal, cuyas particularidades serán desarrolladas en los siguientes apartados del presente capítulo.

En síntesis, el *dogma causal* sintetiza la imputación típica de una conducta a partir de la fórmula general «causalidad + dolo = responsabilidad»⁴.

No obstante que el modelo de imputación basado en el *dogma causal* parece estar superado, no es infrecuente encontrar en la praxis judicial de nuestros días todavía resoluciones que sorprendentemente plasman este esquema de interpretación. Probablemente con una terminología diferente, pero reproduciendo en esencia el contenido y estructura del concepto, el pensamiento del *dogma causal* no ha sido abandonado del todo. Esto se puede ver en el «caso de la cocinera»⁵, donde una mujer, por haber preparado la comida para su esposo (un narcotraficante) y los trabajadores de éste, fue condenada como coautora de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado mediante actos de fabricación (arts. 296 y 297.6 CP) a trece años de pena privativa de la libertad.

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

«(...) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta

⁴ LESCH, Heiko Harmut, «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland», en *JR*, 2001, p. 384.

⁵ Cfr. la sentencia dictada por la Sala Penal Liquidadora de Puno en el Exp. 01039-2009, de fecha 22 de julio de 2011 en cuyo Considerando Sexto (Hechos imputados) concreta la imputación contra la sentenciada del modo siguiente: «los procesados V.M.L.L. [esposo de la cocinera] y R.M.C [empleado del primero] dirigían el proceso de elaboración de la droga ilícita y la procesada J.C.C. [cocinera] proveía de alimentación para los demás procesados».

atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra (véase CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, ARA Editores, Lima 2010, páginas noventa y uno a ciento catorce)»⁶.

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

El adiós del dogma causal se produce cuando la relevancia típica de la conducta no es buscada en la fenomenología del proceso causal externo, ni en el contenido psico-biológico de la acción, sino en el *significado de antinormatividad* que la misma comunica en un contexto

⁶ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno (ponente VILLA STEIN), de fecha 14 de septiembre de 2012, fundamento 3.6.

social determinado como el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal⁷.

Con una elegante precisión esta línea de pensamiento se plasma en una ejecutoria suprema de la siguiente manera:

«Un simple acto causal no constituye un factor determinante para imputar un delito a una persona, sino, debe buscarse el significado de esa conducta y observar si actuó dentro de una normatividad expresa o tácita, a efectos de atribuir objetivamente el tipo a una conducta determinada a través de criterios que se hayan desarrollado en la denominada imputación objetiva, que, viene ejecutándose como fundamento de la teoría del tipo penal»⁸.

El Código penal ya contempla esta situación en el art. 20, inc. 8 al liberar de responsabilidad a quien «obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Con ello, el propio Derecho penal envía el mensaje a la sociedad que la responsabilidad penal sólo se fundamenta en la comprobación que la conducta en un contexto social concreto se aparta de lo dispuesto por la ley, quebranta un deber determinado, extralimita los contornos del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. No estamos ante una causa de justificación, sino ante una causa de exclusión de la tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva⁹. La conducta practicada nunca alcanzará un significado *típico* cuando reúna el sentido de un obrar conforme a la ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo.

En consecuencia, no es imputable al tipo objetivo la conducta que en un determinado contexto social no se aparta del ámbito de competencia personal delineado por un rol estereotipado. Quien obra conforme a un rol no realiza una conducta penalmente relevante, no cruza la frontera del riesgo permitido. Mientras el obrar no exceda los

⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 12, 29 ss.

⁸ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3855-2007-Lima (ponente RODRIGUEZ TINEO), de fecha 15 de mayo de 2009. Considerando Cuarto.

⁹ En este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 336: «En la ciencia penal peruana es mayoritaria la opinión que esta es una causa de justificación [el cumplimiento de deberes de función o profesión]. Sin embargo, consideramos que es un supuesto de *ausencia de imputación objetiva (atipicidad)*» (subrayado en el original).

límites marcados por el rol, rige la garantía de no responder por la causalidad generada por dicho obrar. Aplicado a los casos del vendedor de vinos y de la cocinera: ambos no realizan conducta típica alguna porque su obrar es acorde a un oficio socialmente estereotipado. Es irrelevante que el vino haya causado el incremento de parroquianos al burdel, es indiferente que la comida les haya dado más fuerza a los narcotraficantes para hacer un mejor negocio de tráfico ilícito de droga, tampoco importa que el vendedor haya sabido que el burdel era clandestino y que la cocinera supiera que alimentaba a unos narcotraficantes. Sencillamente ni por vender vino, ni por cocinar, ambas personas quebrantan deber alguno, ni exceden los límites de un oficio y del ejercicio legítimo de un derecho, según lo contemplado por el art. 20, inc. 8 CP.

En virtud de lo expuesto, sólo queda darle un fuerte ¡adiós! al dogma causal.

II. El sentido normativo de la imputación

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

La imputación jurídico-penal presenta un carácter poliédrico¹⁰ que engloba varias perspectivas que resultan, todas ellas, imprescindibles para perfilar la figura a cabalidad:

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

¹⁰ Sobre ello, POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, ARA Editores, Lima 2010, p. 73.

- La imputación es *valorativa*, en tanto atribuye a la conducta un significado socio-normativo comunicativamente estabilizador.

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

Desde el punto de vista normativo, en el ámbito de la tipicidad no es posible separar el hecho en su pureza fáctica de un hecho dotado de sentido jurídico, concebido como *hecho típico*. No se trata de conceptos que puedan existir por separado, ya que para el tipo penal el *hecho meramente fáctico* no comunica absolutamente nada frente a la vigencia de una norma. Como señala JAKOBS: «así como del sentido no se deriva naturaleza, de la naturaleza tampoco se deriva sentido»¹¹. Esta cuestión es graficada por TARUFFO al referirse a los hechos empíricos como *hechos brutos* (*Tatsachen*) que en sí mismos sólo son pura naturaleza; estos hechos sólo adquieren significado jurídico cuando se ordenan como *hechos típicos* (*Sachverhalt*) acogidos por la norma¹². Es por esta razón que el único hecho con relevancia jurídico-penal es el hecho típico o «hecho objeto de imputación»¹³ sintetizado en el obrar que excede los límites de un rol determinado.

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

III. Institutos dogmáticos de la imputación objetiva

Lo acabado de explicar es canalizado por la dogmática en institutos que establecen un sistema de conceptos útiles para la cabal

¹¹ JAKOBS, Günther, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en GA, 1996, p. 258.

¹² Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 3ª ed., Trotta, Madrid 2009, pp. 100 s.

¹³ Aporta una interesante conceptualización del «hecho objeto de imputación» desde una perspectiva a la que el autor denomina «concepto funcional de hecho», SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima 2005, pp. 338 ss.

comprensión y aplicación práctica de la imputación objetiva. Estos institutos dogmáticos son tres, a saber: a) el riesgo permitido, b) la prohibición de regreso, y c) la imputación a la víctima.

El *riesgo permitido* delimita normativamente los contornos de la libertad de actuación de la persona en la sociedad. Constituye en este sentido un pilar fundamental del rol de toda persona el deber de eliminar aquello que represente un riesgo de lesión para el otro¹⁴. Este deber está plasmado en normas que, según el ámbito o segmento social al que pertenece la persona, fijan el haz de derechos y deberes (el rol) que le es permitido y prohibido realizar. Es indiferente si la persona quebranta su rol mediante acción u omisión, si aumenta o disminuye el riesgo, toda vez que si cabe diferenciar acción y omisión, así como aumento o disminución de riesgos, todo ello es posible únicamente en el mundo de la fenomenología causal-naturalista. Lo relevante es el significado normativo que comunica la conducta en un contexto social determinado; el significado será de un riesgo permitido cuando exprese el sentido adaptación al rol socialmente estereotipado de la persona en el sector parcial de la sociedad donde ejerce su acción.

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

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

¹⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p. 26.

todo cuando ella configura una situación de riesgo propio. Allí donde se encuentran el autor y la víctima, actuando ambos de manera riesgosa, y vulnerando la víctima especialmente sus deberes de autoprotección, el resultado no puede ser imputado al autor por constituir el hecho un claro ejemplo de una autolesión y no de una heterolesión. Por lo mismo, la imputación recae de modo preferente sobre la esfera de competencia de la propia víctima¹⁵.

Los institutos dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva tienen una aplicación creciente en la jurisprudencia penal nacional. Sólo a título de ejemplo puede verse en este lugar el «caso Botito-Hot Box»¹⁶ con el siguiente desarrollo conceptual:

«La moderna doctrina viene desarrollando la denominada teoría de la imputación objetiva como el fundamento de la nueva teoría del tipo penal. En la sociedad se producen a cada instante contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad. El segundo es el riesgo no permitido, entendido como aquella trasgresión del rol normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal (v.gr. ley de protección al consumidor, reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado, *lex artis*, en la construcción, en la actividad médica, etc.). De ello se concluye que la creación de

¹⁵ A profundidad sobre estas cuestiones, la magnífica obra pionera de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 282 ss., y *passim*; Cfr. también el trabajo de MEDINA FRISANCHO, José Luis, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal. Una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 353 ss., con un riguroso estudio de este instituto dogmático aplicado a una problemática concreta de la eutanasia en el Derecho penal nacional.

¹⁶ Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006. Considerando Quinto. Véase el texto completo de la sentencia en el interesante comentario de la misma por VINELLI VERAU, Renzo Antonio, «La determinación del engaño típico en el delito de estafa. El caso Botito-Hot Box», en *JuS Jurisprudencia*, 2/2007, pp. 127-136.

un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. La imputación objetiva es aquella teoría que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que ésta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1.- el riesgo no permitido (ya desarrollado); 2.- el principio de confianza, 3.- la prohibición de regreso y 4.- competencia de la víctima. Para comprender la resolución del presente caso debo de manifestar que para determinar la competencia de la víctima se necesita que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima (...).

1. El riesgo permitido

a. Ámbito de aplicación

En la interacción social se generan determinadas formas de comportamiento que, por el significado de intromisión lesiva en la esfera de libertad de otros, alcanzan el nivel de los tipos penales. Éstas son las *conductas típicas* que engloban una determinada forma de actuación desaprobada por la sociedad. Por ejemplo, está desaprobado que un funcionario público reciba donativo de un particular para realizar un acto propio de su cargo aun cuando no falte a sus obligaciones (cohecho pasivo impropio, art. 394 CP), o que en las contrataciones públicas concierte con los particulares interesados para defraudar al Estado (colusión, art. 384 CP), etc.

Pero también existe otro grupo conductas que intrínsecamente se muestran como arriesgadas, que, a pesar de significar un peligro para los demás, no son alcanzados por los tipos penales, toda vez que su incriminación significaría una limitación intolerable de la libertad de actuación de las personas¹⁷. Por ejemplo: las negociaciones previas a

¹⁷ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana», en *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)*, N° 60, Lima 2007, p. 257.

la celebración de un contrato entre los representantes del Estado y las empresas de cara a una inversión millonaria en la extracción de petróleo; lo mismo en obras de alumbramiento público, etc.; el transporte de insumos químicos como mercurio, cianuro de potasio y cianuro de sodio para las minas con el riesgo de ocasionar un accidente y contaminar el medio ambiente; la conducción de vehículos por la ciudad con el riesgo de ocasionar atropellos; etc. Como quiera que cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso actuando las personas de buena fe¹⁸, es posible contagiar alguna enfermedad mediante un apretón de manos, transmitir alguna enfermedad venérea mediante una relación sexual, intoxicar a alguien sirviéndole la comida o bebida, dejar a alguien con un daño cerebral grave en el boxeo, igualmente no es improbable acabar golpeado por un ladrillo al pasar por debajo de un edificio en construcción, etc.

Lo importante a resaltar es que no está prohibido jurídicamente *per se* practicar las conductas antes descritas. Por ello las conductas realizadas en este marco están comprendidas de manera general dentro de lo socialmente adecuado, y, concretamente, bajo la formulación dogmática del *riesgo permitido*¹⁹. Sería absurdo –además de imposible– que el ordenamiento jurídico prohibiera toda situación riesgosa para librar a las personas de todos los peligros posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a «una configuración vital que está tolerada de modo general»²⁰, está cubierta por el riesgo permitido.

En la cuestión metodológica se debe precisar que la ubicación sistemática del riesgo permitido es en la tipicidad. La terminología de un riesgo «permitido» puede generar el malentendido de referirse a un ámbito de *permisiones* en el sentido de una causa de justificación. Sin embargo, esto no es así, porque toda causa de justificación requiere de un contexto excepcional o de una «situación de necesidad», mientras que el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal

¹⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 41 ss.

¹⁹ Fundamental al respecto, LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al. 1999, pp. 263 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, pp. 72 ss.

²⁰ CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza 2004, p. 72.

o habitual de interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno²¹. Como se anotó al comienzo de este apartado, el ámbito de lo denominado como riesgo permitido está cubierto por el estado normal de vigencia de normas en la sociedad, mejor dicho, por situaciones que la sociedad tolera por considerarlas adecuadas a su configuración de manera consustancial.

En la línea de lo expuesto, la jurisprudencia aporta lo siguiente:

«(...) En la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el *riesgo permitido*, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el *riesgo no permitido*, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol»²².

b. Superación del riesgo permitido

La superación del riesgo permitido se establece mediante las normas que concretan los ámbitos de competencia en un contexto social determinado. Estas normas pueden tener un contenido penal y extrapenal, debiéndose destacar en el último caso que las normas extrapenales cumplen la función precisión del sentido comunicativo de los tipos penales, pero nunca la función de creación de los mismos. Esto es evidente, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, sólo mediante una ley penal pueden ser creados los tipos y las sanciones penales respectivas.

²¹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 46.

²² Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006. Considerando Quinto.

Encontrándose configurado mediante normas, el riesgo permitido no es un concepto unitario ni rige por igual para toda la sociedad; todo lo contrario, el riesgo permitido adquiere sentido y rige en función de segmentos o subsistemas parciales de la sociedad (en el contexto social concreto). Las normas delineadoras del riesgo permitido pueden estar reunidas en cuatro grupos:

- a) En primer lugar está la *norma general*, del propio Código penal.
- b) En segundo lugar se encuentran las *normas especiales*, a las que se llega mediante una remisión extrapenal, por ejemplo: la ley medioambiental, la ley tributaria, la ley de tránsito. Aquí se ubica también el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), que delimitan los ámbitos de competencia funcional de las personas que ostentan un estatus especial con la obligación de administrar el segmento que les concierne de función pública, como es el caso de los funcionarios y servidores públicos.
- c) En tercer lugar se ubican las normas de la *lex artis*, que concretan los límites de la libertad de actuación de los profesionales, plasmándose por lo general en protocolos y normas deontológicas de los colegios profesionales.
- d) En último lugar están las *normas del estándar de conducta*, que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios en cuyo estereotipo social delimitan ámbitos de competencia, como sucede con el oficio de taxista, albañil, panadero, entre otros.

Un ejemplo que ilustra la forma de cómo llevar a cabo el juicio de superación del riesgo permitido puede verse en la modalidad básica del homicidio culposo (art. 111 CP), cuyo tenor legal establece «el que, por *culpa*, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)». El tipo penal en este caso sintetiza en su configuración como pauta de conducta la expectativa social que nadie prive el derecho a vivir de los demás de una manera imprudente, bajo la conminación de una sanción penal. No obstante, estando diseñada la expectativa de este modo, ella alude únicamente al esperar genérico de una forma de conducta necesitado de concreción vinculado a un contexto social concreto para no quedar reducido a una mera descripción in abstracto de una conducta típica. Precisamente, como ejemplo de concreción pueden darse tres

situaciones que ilustran cómo la expectativa de conducta del art. 111 CP puede ser quebrantada –ergo, superada o desaprobada– de manera distinta según el contexto social donde es practicada la acción:

- a) Si la muerte por *culpa* ocurre en una carretera como consecuencia de un atropello vehicular, la *ley de tránsito* servirá de referente normativo al cual acudir para determinar los contornos del ámbito de competencia que en dicho contexto social el chofer rebasó con su acción riesgosa.
- b) Pero, si la muerte por *culpa* acontece en el quirófano de una clínica, los protocolos de la *lex artis* aportarán los criterios determinantes para esclarecer si la operación quirúrgica se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido o si lo transgredió.
- c) Si, en cambio, la muerte se produce en el sector de la construcción como consecuencia de la caída de un albañil del quinto piso de un edificio sometido a obras, serán las *normas de seguridad* de la construcción y de *seguridad en el trabajo* las que aportarán las pautas de valoración para establecer si el resultado se produjo dentro del riesgo permitido o si lo superó.

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

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

«(...) el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido»²³.

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

En el campo de los delitos contra la función pública la determinación de los contornos del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del funcionario público. Con independencia de las particularidades del tipo penal, siempre que se trate de una conducta imputable a un funcionario público, la determinación de los límites del riesgo permitido tomará en cuenta necesariamente el estatus y competencias del funcionario delimitadas por la normatividad del sector. Si la posición que ocupa en la estructura jerárquica de la empresa estatal -p. ej. SEDAPAL- es la de Gerente General, para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidades de este segmento en la estructura empresarial, sirviendo a este respecto el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los Memorandos, Informes Técnicos, etc. La normatividad especial -extrapenal- permitirá diferenciar al mismo tiempo los diversos niveles de competencias de las demás gerencias, de los jefes de equipos, jefes de proyectos, etc.

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

«(...) la intervención de los encausados en los hechos se infiere -además de las imputaciones que se realizan entre sí- del estatus y las funciones específicas que desempeñaban en la organización municipal, y su trascendencia deriva de la lógica necesidad de la contribución (infractora de sus deberes especiales) de cada uno, en su respectivo ámbito de actuación, para la viabilizar la perpetración del delito incriminado (...) peculado de uso»²⁴.

«La condición de funcionario público no acompaña a la persona en todos los ámbitos de su interacción social, pues, las garantías normativas que el derecho establece se adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas-, determinados cometidos, es

²⁴ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 349-2007-Lambayeque, de 13 de junio de 1998. Considerando Sexto. Véase el texto completo en URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima 2011, pp. 14-17.

decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Éstos roles son llevados a cabo en determinado contexto, mas no todo el tiempo; en consecuencia, se colige que los encausados se desempeñaron como funcionarios públicos en los distintos ministerios; sin embargo, ese rol especial (por contener deberes positivos) es distinto al rol que desempeñaron en la entidad agraviada (los mismos que instauran deberes negativos), lo que implica que los encausados estarían imposibilitados de configurar (como autores) los delitos contra la administración pública –al desempeñarse como integrantes del Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador– pues, los delitos referidos no sólo exigen la calidad de funcionario público, sino, también la trasgresión de deberes positivos originados por una competencia institucional»²⁵.

En esencia, los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. El funcionario público superará el límite del riesgo permitido cuando exceda los límites del rol que desempeña dentro de la estructura funcional. Como hemos visto, esos límites están contenidos en normas especiales de naturaleza extrapenal, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se circunscriba al ámbito de competencia transgredido concretamente en el ejercicio de la función.

c. El rol como factor de imputación

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

²⁵ CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal. Definiciones y conceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal extraídos de la jurisprudencia*, Grijley, Lima 2007, pp. 309 s., con referencias al Exp. N° 1050-06, resolución de 13 de marzo de 2007, 3ª Sala Penal de Lima para Procesos con Reos Libres.

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

«(...) el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables» (Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador»²⁶

«(...) Los tipos penales prohíben (ya sea por comisión o por omisión) la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, por lo que castiga todo comportamiento que tiene un sentido lesivo o que favorezca la producción de ese resultado; que, sin embargo, en una sociedad altamente complejizada cada uno de sus miembros portan roles, tales como rol de policía, profesor, juez, constructor, chofer, etcétera, y en la medida en que los portadores de dichos roles se mantengan en ella sus conductas no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos; que, en estos supuestos, nos encontramos ante conductas neutrales o cotidianas, las cuales mientras se mantengan dentro de su rol no tendrán relevancia penal»²⁷.

«(...) El acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia

²⁶ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ). Considerando Único. Véase asimismo el Exp. N° 142-06, de fecha 2 de abril de 2007, 3ra. Sala Penal Superior con Reos Libres: «El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido». La cita ha sido tomada de CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 309.

²⁷ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009-Amazonas (ponente SANTA MARÍA MORILLO), de fecha 22 de octubre de 2010. Considerando tercero.

de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye –como afirma un sector de la doctrina penalista nacional– una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso –justificación– sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple»²⁸.

El rol sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad²⁹. En términos jurídico-penales, el rol fija una posición jurídica, una posición de deber, un estatus jurídico, una titularidad de derechos y deberes, un ámbito de competencia personal del que todo interactores portador dentro de la sociedad, y de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad.

Entre los roles pueden diferenciarse dos clases:

En primer lugar está el *rol general* de persona, que aporta el fundamento de la responsabilidad por la lesión de los límites generales de la libertad. Ningún actor social puede sustraerse a este rol porque constituye la posición de deber más general por cumplir, para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. Este rol está configurado sobre la base de una relación jurídica «negativa», del *neminem laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: «no dañes a los demás», y que el filósofo HEGEL lo resume magistralmente en su sentencia «sé persona y respeta a los demás como personas»³⁰.

²⁸ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima, de 22 de diciembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO). Considerando séptimo –declarado precedente vinculante en la parte in fine de misma ejecutoria–, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 134.

²⁹ Cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15ª ed., Opladen, 1977, pp. 32 ss.; LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987, pp. 86 ss.

³⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes HOFFMEISTER que incluye las anotaciones del propio HEGEL en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlin 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.

El ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales, por lo que para SÁNCHEZ-VERA el mandato jurídico «'sé una persona' obliga a superar toda individualidad. Los otros no son 'respetados' en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata, pues, del concepto 'persona' como concepto fundamental del 'Derecho abstracto' o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos (...). El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia»³¹. Por esta razón, el cumplimiento de este rol general garantiza la vigencia de una relación social entre personas, donde los interactuantes sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

En segundo lugar se encuentra el *rol especial*, que concretiza el rol general en el segmento parcial de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un *status* especial. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público, de los padres respecto a sus hijos, de los cónyuges entre sí. El titular de este rol, en virtud del *status* especial, tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un «ámbito común»³².

La jurisprudencia nacional entiende a este respecto que el quebrantamiento del rol especial no da lugar a «un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laedere* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de

³¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, pp. 413 s.

³² JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 67.

infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional»³³.

De otra parte, el rol reúne tres características inherentes a su configuración, a saber:

- a) El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social –por ejemplo, un juez penal–, a él se le identifica por el papel que representa y no por su individualidad. Que en su mundo privado él sea mal esposo, cristiano, apostador, etc., es irrelevante, puesto que lo único válido y de interés para la sociedad es que él cumpla su deber a cabalidad, resolviendo las causas con objetividad e imparcialidad, que la duda razonable es de la culpabilidad y no de la inocencia del inculgado, etc.
- b) El rol delimita los ámbitos de competencia personales que caracterizan la posición del actuante en los contactos sociales; así es posible distinguir fácilmente los deberes y derechos. Por ejemplo: las funciones que conciernen a las gerencias de una municipalidad son diferentes. No es asunto del gerente financiero lo que compete al gerente legal, ni al gerente de servicios a la ciudad, ni a las distintas subgerencias. Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones, de manera que no todos los funcionarios ediles son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social.
- c) El rol establece una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su ámbito de competencia personal. Significa que los

³³ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de junio de 2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Tercero. En idéntico sentido, véase también el R.N. N° 1335-2009, de 10 de agosto de 2010 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Tercero.

conocimientos psíquicos o conocimientos excedentes al rol son irrelevantes para el Derecho penal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce que «el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno»³⁴.

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

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

«(...) la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada (...) se encuentra acorde a Ley»³⁵.

Frente a la individualidad los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano, en sí mismas inabarcables. El rol es la tarjeta de presentación, la «etiqueta en la solapa»³⁶ del sujeto dentro de la sociedad que lo habilita como actor social y posibilita su identificación

³⁴ Este es el conocido «caso hoja de coca», R.N. N° 552-2004-Puno, de fecha 25 de noviembre de 2004. Considerando Tercero. Véase el texto de la ejecutoria en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006, p. 501.

³⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO). Considerando Cuarto.

³⁶ Este es el símil al que recurre POLAINO-ORTS para explicar que el rol social define los contornos de lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en una actividad determinada. El rol se muestra como una «etiqueta en la solapa» con la función de comunicar a los demás -y, desde luego, a uno mismo-

como persona en una determinada posición de deber, con una clara delimitación de su esfera de libertad de actuación jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera del titular del rol en su posición de deber, llámese funcionario público, empresario, médico, etc. Imaginemos nomás qué pasaría si el administrador de una Municipalidad al desempeñar sus funciones involucra las funciones propias del cargo con su vida privada. No es difícil imaginar que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura edil porque sencillamente la función pública no opera de esa manera.

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

qué es lo que se debe hacer o no hacer en una determinada posición dentro del contexto de interacción social. Los roles se encargan de fijar el estatus de la persona en el mundo social, y permite proyectar socialmente qué es lo propio y qué es lo ajeno en la delimitación de las esferas de competencia. Véase al respecto, POLAINO-ORTIS, Miguel, «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER / POLAINO-ORTIS / CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2009, pp. 20 ss.

En suma, sólo la infracción de los deberes pertenecientes a la posición jurídica o posición de deber que fija un rol fundamenta una responsabilidad penal. Por el contrario, el obrar correctamente en el marco de un rol, equivale a estar protegido por un paraguas frente a la lluvia de las imputaciones. El espacio en seco procurado por el paraguas garantiza al portador del rol una zona de libertad con la absoluta seguridad de nunca responder por las consecuencias que pudieran surgir de la administración correcta de esa libertad. El comportamiento que reúna semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido con el significado normativo de estar cubierto por una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal³⁷.

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

«(...) el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado R.A.Q. radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido»³⁸.

d. El principio de confianza

El principio de confianza contribuye a una mejor demarcación de las fronteras del riesgo permitido en virtud de lo cual se le considera

³⁷ Cfr. LESCH, Heiko, «Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten?», en JA, 2001, p. 988.

³⁸ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Cuarto.

como un criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Quien actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol puede confiar razonablemente en que los demás intervinientes harán lo mismo: comportarse como personas en Derecho. El principio de confianza libera así de responsabilidad a quien obra confiando en el comportamiento socialmente adecuado de los demás sujetos autorresponsables con los que interactúa³⁹. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero—desde luego—lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su conducta al ordenamiento jurídico⁴⁰.

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

Huelgue decir que no se trata de una confianza psicológica en el esperar de la conducta de un tercero, sino en la «confianza en el sistema»⁴¹, o confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en Derecho. Sólo así es válido confiar de modo incontrovertible en una expectativa de conducta reconocida por el Derecho, ante cuyo incumplimiento sólo responderá el destinatario que quebrante dicha expectativa normativa. Por ejemplo: no sería posible el tráfico automotor si en cada esquina, no obstante el semáforo autoriza el paso a un conductor, debería éste detenerse a pensar en la

³⁹ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 253 ss.

⁴⁰ Cfr. CANCIO MELIA, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 104; también, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 280 ss.

⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 287.

posibilidad de que los demás conductores no respetarán la luz roja del semáforo. Sencillamente, el tener el semáforo en luz verde autoriza a confiar en cruzar la avenida sin temor alguno. Pero si el conductor de al lado –a quien la luz en rojo no lo detuvo– es quien ocasiona el accidente, sólo él responderá por su propio hecho.

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

«Para el presente caso es oportuno y aplicable el principio de confianza, que a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la auto responsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando»⁴².

«(...) en autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta Gl.V.J. hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, puesto que el ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado P.L.S., quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga (fojas sesenta y ocho) a que hace referencia el Señor Fiscal Adjunto Superior al fundamentar su recurso, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando ésta dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria»⁴³.

⁴² Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3855-2007-Lima (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de fecha 15 de mayo de 2009. Considerando Quinto.

⁴³ Es el «caso de los inquilinos narcotraficantes», cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 608-2004-Ucayali (ponente VILLA STEIN), de fecha 24 de noviembre de 2004. Considerando Primero, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 7 (2006), p. 488.

«El principio de confianza, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de auto responsabilidad; es decir, tenemos la expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas (este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando). La inaplicación –principal– de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, de los actos ilícitos de terceros»⁴⁴.

«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»⁴⁵.

«De la compulsión de las pruebas no se ha acreditado que el encausado haya actuado no acorde a derecho; es decir, si bien ya se ha determinado la responsabilidad del sentenciado M.A.A, ella no es extensible al encausado, pues, el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no

⁴⁴ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 310.

⁴⁵ R.N. N° 552-2004-Puno, Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 2004, en VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 329.

tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuarán correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad. El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido»⁴⁶.

e. Las compensaciones

Se entiende por *compensación* a la prestación que realiza el actuante que ha superado el riesgo permitido con el objetivo de descargar –o liberarse de– la imputación generada por su comportamiento. En la medida que la prestación es realizada después que la conducta cruzó las fronteras de lo permitido, las compensaciones son irrelevantes en el Derecho penal, no surten efecto alguno para descargar la imputación. Esto es así porque lo que el Derecho ha establecido como estándar a través de una norma excluye toda compensación que pudiera darse mediante prácticas individuales y sociales⁴⁷.

Con un ejemplo hipotético: el siete veces campeón de la Fórmula 1, Michael Schumacher llega a Lima. Justo cuando es trasladado del aeropuerto a su hotel observa sorprendido con qué facilidad los conductores quebrantan las señales de tránsito sin respetar los límites

⁴⁶ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 311.

⁴⁷ En este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 51: «En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standards, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí haya que evitar puestas en peligro abstractas».

de velocidad. Atraído por esta mala práctica, Schumacher decide alquilar un automóvil, con el que pronto hace de las suyas en las calles limeñas. Cierta día, encontrándose conduciendo por la Panamericana Sur a 180 Km/h., donde la regulación existente y los letreros de tránsito señalizan que la velocidad máxima para la zona es de 100/km/h, es detenido por la policía. Como es evidente, Schumacher ha superado los límites del riesgo permitido en 80 Km/h. Sin embargo, argumenta en su defensa que la velocidad excedida nunca dejó de estar controlada por el conductor más laureado de la historia de la Fórmula 1, acostumbrado a enseñorearse de velocidades promedio de 250 Km/h., de manera que, ninguna persona, ni bien material alguno, corrió el peligro de sufrir una lesión o daño, pues el riesgo estuvo en todo momento sometido a control. En esto radica precisamente el fundamento de las compensaciones: si bien el riesgo creado no es el permitido, se encuentra no obstante bajo la esfera de control de quien, con seguridad, posee los mejores reflejos y capacidades especiales, en este caso para controlar la velocidad. Schumacher invoca por tanto se le reconozca una *compensación* excluyente de la tipicidad de su comportamiento.

Una argumentación orientada a dotar de sentido y validez a las compensaciones en el Derecho penal se desenvuelve únicamente en el campo de lo fenomenológico y no en el de lo normativo. Visto el comportamiento de la persona desde el alcance de la norma penal, sólo tiene como alternativa poder ser declarado susceptible o no susceptible de imputación jurídico-penal, y la imputación aquí no depende de las variaciones causales ni psicológicas que el actuante imprima a su conducta, sino de lo que la norma mediante la prohibición señale los contornos de la libertad de actuación de la persona en el contexto de la interacción social. Por ello, quien en una situación concreta quebranta la prohibición, supera de ese modo los límites del riesgo permitido, su conducta en adelante pasa a ser administrada por el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

Toda norma penal fija un *estándar de conducta* en base al cual se determina la relevancia o irrelevancia penal de un hecho. Existiendo un estándar de conducta, no le es permitido al ciudadano decidir por cuenta propia cuándo su conducta reviste interés o no para el Derecho penal, toda vez que no le es permitido disponer de aquello que es competencia exclusiva del Ordenamiento Jurídico. Esta idea representa

a su vez una garantía para el ciudadano, de que sólo le es exigible cumplir jurídicamente aquello que forma parte del estándar de conducta. Lo que no pertenece al estándar de conducta es la fenomenología, que sólo brinda elementos de información de cómo se configura una situación en su aspecto causal o psicológico. Hacer depender la solución de un problema sólo de la fenomenología conduce a planteamientos descontextualizados, como se aprecia en el caso de las compensaciones, donde, en el hilo de la explicación del presente caso, se extrae de un contexto ajeno –la Fórmula 1– los elementos de argumentativos para aplicarlos al contexto actual de realización del hecho donde solamente debe contar la norma de tránsito reguladora de las expectativas de conducta del sector concreto.

En consecuencia, las normas fijan pautas de conductas estandarizadas y rigen para la generalidad independientemente de las compensaciones individuales que aporte el infractor. El comportamiento declarado prohibido jurídicamente engloba la valoración normativa de rebasar el ámbito del riesgo permitido, por lo que no es válido el argumento en contrario, en el sentido de que no rebasa el riesgo permitido la conducta riesgosa prohibida, pero controlada, en virtud de las capacidades físicas o prácticas experimentadas. Ninguna compensación es atendible porque la regulación creada por el Derecho no pierde su vigencia institucionalizada por desuso, ni por habilidades ni capacidades especiales de corte individual, ni por prácticas sociales.

2. La prohibición de regreso

a. Contenido

La prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación. En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio rol. Rige una prohibición de regreso en virtud del cual el carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a la comunidad delictiva sin posibilidad alguna de regresar y alcanzar a quien está fuera de dicha comunidad por haber obrado conforme a su rol estereotipado.

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

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

«(...) tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que V.Ch. se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; (...) que si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la *prohibición de regreso*, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad»⁴⁸.

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

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

⁴⁸ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ). Considerando Único.

del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, en aplicación del principio de *prohibición de regreso*»⁴⁹.

En el mismo sentido, se encuentra el «caso de la cocinera», resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

«(...) la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a su coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la *prohibición de regreso*, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol»⁵⁰.

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

«Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario; es decir, quien asume con otro un vínculo de modo estereotipado, es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aprovecha dicho vínculo en una organización no permitida (lo reconduce a un hecho ilícito) (y a pesar de conocer la futura conducta ilícita del tercero), este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento [...] pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol»⁵¹.

⁴⁹ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de fecha 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Cuarto.

⁵⁰ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno, de fecha 14 de septiembre de 2012 (ponente VILLA STEIN), fundamento 3.6.

⁵¹ Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal Superior con Reos Libres, de fecha 2 de abril de 2007. Véase la referencia en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit., pp. 312 s.

b. Teorías acerca de la prohibición de regreso

b.1) Teoría subjetiva

En una perspectiva subjetiva, ROXIN⁵² sitúa el juicio de valoración en el grado de conocimiento del actuante al momento de brindar su aportación. En síntesis, la teoría señala:

i) Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo –con un *conocimiento seguro*– que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutral para alcanzar el nivel de una participación punible. Se da una participación porque la aportación en este supuesto muestra una *relación delictiva de sentido*⁵³. Como ejemplo ROXIN pone el caso del vendedor de artículos para el hogar, que vende un martillo, sabiendo –bien porque el mismo comprador así se lo ha dicho, o por informaciones de terceros– que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. El vendedor responde penalmente como partícipe en el delito de homicidio. Asimismo, responden por una participación punible en los delitos que cometan sus clientes: el taxista que no se detiene en el trayecto conociendo con certeza que el pasajero matará a alguien en el lugar de destino, o que de allí recogerá el botín producto de un delito, también el panadero, que vende panes a una mujer, a pesar de conocer los planes de ésta, de matar a su marido infiel. Es decir, basta que el actuante de un oficio cotidiano al desempeñar su actividad habitual realice una aportación que fácticamente coincida con el favorecimiento a un delito, sabiendo de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer un delito, para hacerse responsable penalmente como partícipe.

ii) Pero, si el interviniente cuenta únicamente con la probabilidad de que el autor cometerá un delito, es decir, sin tener un

⁵² Sus aportaciones más importantes se recogen en ROXIN, Claus, «Bemerkungen zum Regressverbot», en *FS Tröndle*, 1989, pp. 177 ss.; Id., *Leipziger Kommentar-Roxin*, 11ª ed., Berlin/New York 1993, 27/16 ss.; Id., «WasistBeihilfe?», en *FS Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.; Id., «Zum Strafgrunde der Teilnahme», en *FS Stree/Wessels*, 1993, pp. 365 ss.; Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 26/22 ss., aquí se consolida, en definitiva, la evolución del formidable pensamiento de este autor.

⁵³ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/224.

conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino un *conocimiento probable*, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza, en virtud del cual todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una «inclinación reconocible al hecho» del otro no debilite esa suposición⁵⁴. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Igualmente, si el copiadore de llaves se entera que el cliente planea cometer un robo en una casa con la copia que le facilita, porque éste se lo cuenta en son de broma, no se convierte en partícipe del robo, porque no es probable que las bromas evidencien una inclinación reconocible a cometer un delito. Aquí rige el principio de confianza, en virtud del cual, todo copiadore de llaves puede confiar en que sus llaves no serán incluidas dentro de los planes delictivos de otras personas.

A pesar de lo sugerente que puede resultar la teoría subjetiva, hemos de precisar que el intento de una delimitación de la punibilidad de la participación en el plano subjetivo del hecho, de un modo general y en especial según el grado de conocimiento del actuante, no es convincente, sobre todo porque el mundo individual de la representación se convierte en el principal factor de imputación jurídico-penal⁵⁵. Cabe la siguiente pregunta ¿existe en realidad una regla concreta según la cual se pueda determinar la relación de sentido subjetiva de una determinada forma de comportamiento? Y ¿por qué la relevancia penal de una aportación tiene que depender del conocimiento sobre los planes delictivos del autor en la forma de dolo directo o de dolo eventual? La regla de la participación del Código penal no dice nada acerca de si la valoración del aporte del partícipe se tenga que conectar con alguna forma de dolo. Esta propuesta nos recuerda de alguna manera el planteamiento sobre culpabilidad y complicidad de VON BAR que, como fundamento de la punibilidad de la complicidad, exigía que el favorecedor debía saber que su aportación

⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/241.

⁵⁵ Radical contra una imputación basada en lo subjetivo LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 257 ss.; ID., «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en JA, 2002, pp. 603-604; ID., «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums», en JA, 1996, pp. 348 ss.

era realizada a un delito, subrayando que «una complicidad con dolo eventual está excluida»⁵⁶. Si en la regulación del dolo contenida en el Código penal, el dolo directo y el dolo eventual tienen la misma penalidad, es decir, se castigan igualmente como delitos dolosos, ¿por qué entonces la diferencia entre una complicidad punible y una conducta no punible tendría que ser calculada de una diferenciación meramente semántica del dolo, cuando penalmente vienen a significar lo mismo al recibir el mismo castigo?

Es indiscutible que la propuesta subjetiva viene a coincidir en sus bases con el finalismo, cuando hace depender la imputación jurídico-penal de la «resolución de voluntad»⁵⁷ del autor, de manera que, como razonaba Armin KAUFMANN, «el sentido que el autor le conceda a su hecho es el substrato de valoración del juicio sobre el injusto»⁵⁸. Pero esta fundamentación de la imputación penal en lo subjetivo es incorrecta porque la relevancia de una acción para el Derecho penal no depende en lo absoluto del sentido que dé un autor a su propio hecho, porque la representación personal de un suceso puede ser arbitrario, y de hecho lo es, por eso no puede constituir una medida para la imputación de un hecho.

Lo más problemático de la concepción subjetiva se aprecia en las actividades cotidianas de reparto de productos, donde cada repartidor estaría obligado a conocer las verdaderas intenciones de sus compradores respecto del uso de los productos. Con esto, en toda actividad de reparto los actores sociales tendrían la obligación de convertirse en expertos o adivinos sobre las genuinas intenciones de sus compradores. Pero ¿tiene sentido que en las sociedades modernas, caracterizadas por un sin fin de actividades comerciales anónimas, hacer depender el fundamento de la participación punible del grado de conocimiento del comerciante sobre los usos delictivos que puede recibir los productos que vende? JAKOBS con razón afirma al respecto que «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las

⁵⁶ VON BAR, Carl Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, t. II, *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin 1907, § 693.

⁵⁷ Cfr. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin 1969, pp. 33 ss.; KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, pp. 83 ss.

⁵⁸ KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en FS Welzel, 1974, pp. 393 ss., p. 403.

consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares»⁵⁹.

En la medida que esta teoría basa el criterio fundamentador o excluyente de la participación en la relación psicológica entre los intervinientes, la propuesta se expone a que determinados caracteres anímicos resulten penalizados, dando lugar a la intromisión de un Derecho penal del ánimo en la teoría de la intervención delictiva. Hay que subrayar, por el contrario, que la punición de la contribución a un delito no radica en penalizar determinados elementos del ánimo, porque así cualquier oficio cotidiano podría ser considerado rápidamente típico, sólo por aparecer vinculado a las intenciones de un autor, que son difíciles de interpretar «porque el penalista no es muy instruido en ellas, y, porque, además, con frecuencia no está suficientemente disponible el material necesario para tales consideraciones»⁶⁰.

En consecuencia, la relación de sentido delictiva de una acción no debe ser deducida del lado subjetivo del hecho. Es problemático reconocer que la conducta adquiriera una relación de sentido delictiva por el sólo hecho de que su actuante sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna forma a posibilitar o favorecer un delito ajeno. La imputación jurídico-penal no tiene por qué estar sujeta a datos psíquicos⁶¹. Por contra, el conocimiento que se imputa no es aquél de la consciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción, porque «un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa»⁶².

⁵⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 19.

⁶⁰ NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regressverbot im Strafrecht», en *ZStW*, N° 76, 1964, p. 426.

⁶¹ Fundamental en esta parte LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

⁶² JAKOBS, Günther, «Dolus malus», en *FS Rudolphi*, 2004, p. 119.

En síntesis, es arbitrario que una conducta deba adquirir relevancia penal sólo porque el actuante al momento de prestar una aportación en el marco de una actividad cotidiana tenga conocimiento que otro utilizará su aportación para cometer un delito. ¿Tendría que imputarse el título de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito al Jefe de la Banca personal de un Banco por autorizar el pago de cuatro cheques a favor del Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad? La respuesta es trece veces ¡no! La imputación jurídico-penal no se basa en datos psíquicos⁶³ y el conocimiento susceptible de imputación no es aquél de la consciencia humana del actuante, sino el conocimiento estandarizado que éste debe tener en el ejercicio de su rol u oficio cotidiano en un contexto social concreto, porque «un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa»⁶⁴.

Por ello, con mucha razón, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ejecutorió en el «caso del Jefe de Banca Personal»⁶⁵ lo siguiente:

«(...) a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico-penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica JAKOBS uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando «(...) nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación» (Derecho penal. Parte general, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 1997, páginas ochocientos cuarenta y dos – ochocientos cuarenta y cinco); (...) en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo

⁶³ LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

⁶⁴ JAKOBS, «Dolus malus», cit., p. 119.

⁶⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2270-2004-La Libertad (ponente SAN MARTÍN CASTRO), de 16 de septiembre de 2004. Considerandos Tercero y Cuarto, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., pp. 315-316.

que respecta a la intervención del encausado V.P., se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación de fojas doscientos cuarenta y uno; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta –la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado– en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien impuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado Vilchez Pella. [...] Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito».

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

b.2.) Teoría objetiva

Desde una perspectiva objetiva, JAKOBS sostiene que la imputación recae en la persona «portadora de un rol»⁶⁶, en virtud del cual ella es

⁶⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en NEUMANN/SCHULZ (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000, pp. 57 ss.

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

El contenido del rol es necesariamente objetivo porque se sustrae a las peculiaridades individuales de la persona, a la consciencia del individuo, a sus conocimientos especiales, porque va más allá de los contactos íntimos entre individuos, refiriéndose más bien a expectativas normativas que rigen en una interacción de contactos anónimos. En el «teatro del mundo»⁶⁷ las personas desempeñan un sin fin de roles diferentes, la mayoría de ellos sin relevancia para el Derecho penal; pero, los que sí importan, de cara a la imputación jurídico-penal, son aquellos que en su ejercicio expresan una desviación de expectativas plasmadas en normas que fijan una pauta de conducta en la sociedad. La característica esencial de los roles es que al estar sustraídos al individuo, se constituyen sin tomar en cuenta los criterios individuales de los hombres.

En el ámbito jurídico-penal el deber de la persona de respetar a los demás como personas tiene un sentido negativo y otro positivo. Se habla de un deber negativo cuando la persona tiene el deber (rol) general de «no lesionar» a los demás en sus derechos: no mates, no robes, no injuries, etc., es decir, el deber de mantener la propia organización dentro del marco de la juridicidad general⁶⁸ que vincula

⁶⁷ Así HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737, trad. bajo el título *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* por Peter Mortzfeld, ed. por Christoph BERGFELD, Frankfurt am Main-Leipzig 1994, parágrafo 63, citado por SÁNCHEZ-VERA, «Algunas referencias de historia de las ideas», cit., p. 412.

⁶⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 69; LESCH, Heiko Harmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1992, p. 241.

a todas las personas sin excepciones. Por contra, se habla de un deber (rol) especial positivo, cuando, en determinado campo, en vez de prohibir una determinada acción, el deber obliga a su portador a realizar una prestación para el favorecimiento o fomento del mundo en común que tiene con la esfera jurídica ajena mediante una relación institucional⁶⁹. Así, por ejemplo, los padres tienen el deber positivo de velar por los derechos de sus hijos, el policía tiene el deber positivo de brindar seguridad a las personas, el juez tiene el deber de emitir sentencias justas, etc. Quiere decir con esto que cada quien es competente para administrar su propio ámbito de organización en el marco de su deber, con independencia de que su configuración sea negativa o positiva. La persona porta el deber de no lesionar el ámbito libertades ajenas. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos, de manera que el portador del rol tiene el deber de mantener su organización dentro del riesgo jurídico-penalmente permitido, pudiendo cumplirlo, o infringirlo, mediante una acción o una omisión.

Aplicado al ámbito de la intervención delictiva, la prohibición de regreso trae como consecuencia la afirmación del carácter neutro de la conducta practicada en el marco de profesiones u oficios estereotipados socialmente, y, como tal, gozan de «independencia»⁷⁰ en relación a los planes delictivos de un autor que se aprovecha de ella. Es en el contexto social donde se debe verificar si el actuante obró conforme a los deberes que tiene que cumplir, con independencia de si su obrar es mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente. Esto último, sobre todo, porque la garantía de una coexistencia de libertades que brinda el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino con la captación del significado jurídico de la conducta en su interrelación en el mundo exterior⁷¹. La conclusión es la siguiente: si el actuante al prestar sus servicios se entera de los planes delictivos de un autor determinado o

⁶⁹ Cfr. al respecto, SANCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999, *passim*.

⁷⁰ WOHLLEBEN, Marcus, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, München 1996, p. 3.

⁷¹ Cfr. JAKOBS, Günther, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en *ZStW*, 97 (1985), p. 762.

advierte que al brindar su aportación se está involucrando en un hecho delictivo, no se convierte en garante de lo que el autor haga con el servicio que presta. El único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente al rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Los conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer como parte del rol que ejercita. No es lo que la persona conoce, sino lo que *debe* conocer en su posición (en su rol) el único dato exigible válido para la imputación jurídico-penal⁷².

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

«(...) el acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye –como afirma un sector de la doctrina penalista nacional– una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que *conozca* por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso –justificación– sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple»⁷³.

c. Excepción a la prohibición de regreso

Si bien la conducta practicada de acuerdo a un rol estereotipado da lugar una prohibición de regreso en virtud del cual se excluye la

⁷² Contundente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 99 ss., 257 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Köln et al. 1983, pp. 128 ss.; JAKOBS, Günther, «Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en *ZStW*, 107 (1995), pp. 849 ss.

⁷³ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima (ponente SAN MARTÍN CASTRO), de fecha 22 de diciembre de 2004. Considerando Sexto [Precedente vinculante], en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., p. 134.

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

Que el Derecho penal reconozca expectativas de conductas acordes con deberes de solidaridad no está ausente de polémica. La solución basada en el deber de solidaridad es relativamente joven, precisamente, por encontrarse todavía en plena juventud, corre la suerte de tener que abrirse camino contra el peso de la tradición que siempre ha contemplado la resolución de los casos de otra manera, situándola sólo en el marco de la infracción de deberes negativos. Pero esta doctrina tampoco tiene la culpa de resolver los conflictos de ese modo, ella es heredera de la enorme influencia ejercida por la tradición filosófica del idealismo alemán sobre el sistema del Derecho penal de los últimos dos siglos, la misma que negó validez jurídica a los deberes de solidaridad, reconociéndoles a lo sumo la condición de deberes morales. Aquél pensamiento filosófico respondió a una forma de ver el Estado y las relaciones sociales de una manera estrictamente liberal. Sólo por citar a KANT en este lugar, al negar la posibilidad de crear deberes jurídicos a partir de situaciones de necesidad: «la necesidad carece de ley (*necessitas non habet legem*), y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto»⁷⁴. Lo contrario conduciría a una «contradicción de la doctrina del derecho consigo

⁷⁴ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1ª ed., 1797 (A), 2ª ed., 1798 (B), Obras completas editada por Wilhelm WEISCHDEL in 12 tomos, tomo VIII, Frankfurt am Main 1977, p. 343.

misma». De allí que el ilustre pensador de Königsberg concluya que lo único que fundamentaría el deber de auxilio para con quien se encuentre en una situación de necesidad, sería un «deber moral». La solidaridad entonces es para este pensamiento sólo un deber moral, por lo tanto, no vinculante jurídicamente.

El deber de socorrer o de auxiliar fomenta las expectativas de conducta de una solidaridad mínima en la sociedad. El ciudadano es tomado como un *colaborador de la administración*⁷⁵, el ciudadano se integra al servicio estatal de protección y contribuye a asegurar la autonomía de la persona y por esa vía asegura la estabilización del sistema jurídico mismo. Se trata de una lucha contra las situaciones de necesidad. En este contexto el deber de solidaridad muestra con fuerza su función subsidiaria en relación a los deberes negativos puros, que se ven respetados mediante la conducta neutral.

La solidaridad es entonces una tarea del ciudadano en ejercicio un deber delegado –de parte del Estado– para la protección y máximo aseguramiento de la autonomía de la persona. La defensa de la autonomía de la persona prevalece ante cualquier situación de necesidad sobre la que el Estado no puede intervenir directamente ya que su poder de despliegue normativo se agotó en la exigencia de cumplimiento del deber negativo, que en este caso, queda satisfecha mediante la conducta adecuada al rol estereotipado. El Estado tiene el monopolio de protección sobre los derechos de la persona, por lo tanto no puede dejar la solución sencillamente en manos de la persona privada, a su arbitrariedad, porque, si lo hace, el deber de solidaridad perdería su fuerza normativa vinculante, es decir, su calidad de deber jurídico, exponiéndolo a regresar a su original constitución de un deber moral basado en los buenos sentimientos o asunción voluntaria de una acción de aseguramiento o auxilio dependiente sencillamente de la subjetividad del actuante. El Estado al monopolizar la solución jurídica de los conflictos sociales se convierte en el garante por excelencia de la vigencia del deber negativo *neminem laede*, esto es, del deber más general que establece los límites de la libertad de actuación de la persona. Sin embargo, como una sociedad no funciona solamente con deberes negativos, sino que conforme a su evolución ha ido

⁷⁵ Cfr. por todos PAWLİK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin et al. 2002, pp. 186 ss.

contemplando cómo en determinados contextos sociales han desarrollado determinados deberes positivos de actuación, si bien restringidos inicialmente al propio ámbito social (como por ejemplo: comunidades especiales como la familia, círculo íntimo de amigos, grupos religiosos, etc.), el Estado con la finalidad de impedir el surgimiento de deberes paralelos al deber negativo, a causa de la creciente fuerza institucionalizadora de estos deberes positivos, les reconoce un estatus jurídico, pero sólo mediante una ficción de delegación de la potestad estatal a la persona privada para intervenir en situaciones de necesidad a fin de concederle un reconocimiento de juridicidad a la solución de conflicto.

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

Imaginemos ahora el siguiente supuesto: un contador ingresa a una tienda para comprar un bolígrafo. Justo cuando el vendedor le hace entrega del bolígrafo, el contador le comenta que finalmente podrá concluir sus planes delictivos de consignar datos fraudulentos sobre la contabilidad de su cliente en unos formularios de declaración de impuestos. El vendedor pone interés en el asunto, y, de una forma sorprendente, felicita al contador por dejar de pagar los impuestos que establecen las leyes, ya que él también suele hacer lo mismo. ¿Complicidad del vendedor de bolígrafo en el delito tributario? La aportación del vendedor se enmarca dentro del ejercicio de su rol inocuo, o dentro del riesgo permitido, por tanto, no se adapta al colectivo típico llevado a cabo por el autor del delito de defraudación tributaria. En este último caso rige plenamente una prohibición de regreso, con la consecuencia inmediata de afirmar la neutralidad de la conducta y fundamentar la exclusión de responsabilidad a título de interviniente delictivo.

La cuestión es que no todos los Códigos penales establecen típicamente el delito de omisión de socorro o, el delito de omisión de denuncia de hechos punibles. Por ejemplo, el Código penal alemán lo

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

3. La imputación a la víctima

a. Contenido

La imputación a la víctima es un instituto dogmático de la imputación objetiva que excluye la tipicidad de la conducta del autor en las situaciones donde la propia víctima participa en la interacción generadora del riesgo que se concreta en su autolesión⁷⁶. No obstante que el autor en un contexto determinado alcanza a superar los límites del riesgo permitido, su conducta experimenta una descarga de imputación merced a la aportación de la víctima, porque allí donde una persona decide autónomamente sacrificar sus propios bienes deja de ser víctima de un hecho típico por desaparecer la heterolesión que constituye la base de toda persecución penal. En realidad «resulta que no hay ni 'víctima' (sujeto pasivo de una conducta típica) ni 'autor'»⁷⁷.

Un supuesto que ejemplifica esta definición puede verse en el «caso de la motocicleta»⁷⁸, resuelto de acuerdo a las siguientes consideraciones:

⁷⁶ Fundamental en este tema es el descollante libro de CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 281 ss.

⁷⁷ CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004, p. 85, nota al pie N° 241.

⁷⁸ Cfr. la Disposición Fiscal de la 3ra. Fiscalía Superior de Apelación de Piura (Fiscal Superior ROSAS YATACO), de 09 de enero de 2012, que declara Infundada la Queja de Derecho deducida en el Caso N° 575-2011, fundamento 5.5.

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

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

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

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

propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal' (Cfr. Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995, p. 307), por lo que los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado»⁷⁹.

En un sentido normativo el resultado se convierte en un asunto que sólo atañe a la víctima, por eso es correcto hablar de una «imputación al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima»⁸⁰. Donde la víctima se embarca autónomamente en un curso riesgoso desaparece la razón de intervención del Derecho penal, toda vez que dicho ordenamiento no castiga el resultado autolesivo producido de una manera autónoma por el titular del derecho. A ningún Fiscal de la tierra se le ocurriría denunciar penalmente a quien fracasa en un suicidio. Esto confirma el argumento que en los casos donde la propia víctima obra de manera autorresponsable -por ejemplo: cruza una avenida de alta fluidez vehicular por debajo de un puente peatonal en vez de usarlo correctamente y muere atropellada por un conductor que carece de licencia de conducir; viaja montada en una motocicleta lineal conducida por un conductor ebrio y muere porque éste genera un accidente; permite que le practiquen una liposucción en un consultorio médico clandestino y muere por una mala praxis médica- dicho obrar autolesivo comunica el sentido de renuncia a una protección jurídico-penal. El Derecho penal no puede ir contra la autonomía de la persona allí donde ésta se comporte como suicida. Por esta razón, en todos estos casos no existe una responsabilidad penal del autor por homicidio, pero sí, respectivamente una sanción administrativa por conducir un vehículo motorizado sin licencia, una sanción penal por conducción en estado de ebriedad, y sanciones penales, civiles y administrativas por el funcionamiento clandestino del consultorio médico.

⁷⁹ Cfr. R.N. N° 4288-97-Ancash, Ejecutoria Suprema de 13 de abril de 1998 (Ponente GONZÁLES LÓPEZ), en PRADO Saldarriaga, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima 1999, p. 99.

⁸⁰ CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit. p. 284. Añade: «La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad».

b. La autorresponsabilidad de la víctima

La libertad de actuación como ejercicio de autodeterminación personal aporta argumentos sólidos para el desarrollo de una genuina teoría de la imputación a la víctima. Los casos diferenciados por un sector doctrinal⁸¹ como «participación en una autopuesta en peligro» (impune), o de una «heteropuesta en peligro» (punible), carecen de relevancia por tratarse solamente de una mera «descripción fenomenológica»⁸² que no aporta una argumentación sistemática de cara a la tipicidad penal. Es irrelevante, en este sentido, si la víctima resulta lesionada por intervenir conduciendo por sí misma en una competición irregular de motocicletas (participación en una autopuesta en peligro), o si la lesión resulta como consecuencia de una maniobra peligrosa hecha por el conductor de la motocicleta que lleva a la víctima en el asiento trasero con ocasión de tal competición (participación en una heteropuesta en peligro)⁸³. Lo relevante es que el comportamiento de la víctima no puede ser visto de modo diferente al del ciudadano dotado de libertad y responsabilidad capaz de organizar su vida como mejor le parezca. Precisamente, según cómo el ciudadano (aquí víctima) organice su libertad de actuación responderá por las consecuencias de cómo administre esa libertad: «una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse asume con ello siempre, también la *propia* administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad»⁸⁴.

⁸¹ Este es el caso de ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª. ed., C.H. Beck, München 2006, apartados 11/107, 121 ss.

⁸² Contundente a este respecto FEJOO SANCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 473 ss.

⁸³ El ejemplo es de CANCIO MELIÁ, Manuel, «Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor», en *Id.*, *Estudios de Derecho penal*, Palestra, Lima 2010, pp. 105 ss., donde es crítico con esta diferenciación que a lo sumo aporta un «mero topos» (p. 107) fenomenológico sin ninguna solución material relevante.

⁸⁴ LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, p. 30.

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

En esto radica una fundamentación del Derecho penal basado en la autodeterminación personal. Todo ciudadano tiene garantizado un ámbito de autorresponsabilidad personal y ello también comprende a la víctima, como un ciudadano más. Según cómo administre su libertad, asumirá las consecuencias de esa administración, pudiendo ser una de esas consecuencias la auto-lesión, que, en sí misma no genera interés alguno para el Derecho penal. En esta línea de argumentación es importante resaltar lo afirmado por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS: «El reconocimiento por parte del Estado de un ámbito de libertad en el ciudadano obliga necesariamente a la garantía de un ámbito de autorresponsabilidad personal. El Estado deja de ser, en esos supuestos, un órgano superior, paternalista y controlador para convertirse en un ente que respeta a los ciudadanos, les permite, reconoce y garantiza una esfera de libertad y confía en que cada uno gestionará su ámbito de organización dentro de los límites de permisibilidad (libertad) y de respeto a los demás ciudadanos. El principio de autorresponsabilidad únicamente es viable si el Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos. Pero, como cabe comprender, la libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias. Por ello, junto a la primera tendencia o vector la imputación (la familiarización con el riesgo) existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor [...]. Desde

este punto de vista, dicho principio es un criterio de dignificación del ser humano como persona en Derecho, como ser social titular de derechos y obligaciones: reconociendo su libertad, se le reconoce un ámbito en el que él, en ejercicio de su libertad, puede resultar (auto) lesionado. Y dicha lesión, normativamente irrelevante, se concibe como un producto de la libertad personal»⁸⁵.

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

El instituto dogmático de la imputación a la víctima requiere para su aplicación dogmática la concurrencia de tres elementos, a saber⁸⁶:

- i. *Actuación conjunta*. La actividad debe permanecer dentro de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima. Una vez definida la actividad conjunta, la imputación que se genera es al ámbito de responsabilidad de la víctima a causa de su obrar autorresponsable.
- ii. *Actuación libre de la víctima*. La conducta de la víctima no debe haber sido instrumentalizada por el autor, lo que significa que la víctima no haya sido objeto de violencia, amenaza o engaño. Precisamente, la noción de autorresponsabilidad presupone que el obrar concuerde con la manifestación libre de la voluntad de la víctima. Si el autor instrumentaliza a la víctima entonces el hecho «es suyo», de nadie más.
- iii. *Ausencia de un deber de protección específico del autor sobre la víctima*. Significa que la víctima no debe estar al cuidado o en una posición de dependencia –heteroadministración– directa del autor, en cuyo caso carece de autorresponsabilidad.

Basta que no concorra uno de los elementos antes mencionados para que no se aplique la institución de la imputación a la víctima. En el juicio de valoración no debe perderse la perspectiva que la interacción entre autor y víctima puede obedecer a una diversa fenomenología,

⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, «Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales», en JAKOBS, Günther *et al.*, *Legitimación del Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2012, pp. 104-105.

⁸⁶ Debemos a CANCIO MELIÁ la sistematización de estos tres elementos como insuperable aportación a la ciencia penal. Al respecto, véase de este autor: *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit. pp. 284 ss.; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 88 ss.

tanto en lo espacial como en lo temporal, pero de ninguna manera constituye un criterio válido para decidir sobre la aplicación del instituto dogmático. No porque a simple vista el autor despliegue una mayor causalidad entonces es responsable, o porque es la víctima quien interviene en último lugar el hecho es atípico. Lo decisivo no es el peso de la causalidad aportada ni el orden de las intervenciones, sino el enjuiciamiento normativo de la noción de autorresponsabilidad, porque «ni siempre que la víctima actúe en último lugar tendremos una autolesión o una autopuesta en peligro ni siempre que un tercero configure el hecho hasta el final tendremos un injusto penal. Ello depende de criterios normativos y no de criterios fenomenológico-temporales»⁸⁷.

d. Algunos casos de la práctica penal

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

Sobre el concepto de la institución, se tiene:

«La competencia de la víctima se aplica cuando la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima (CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 123-124). Mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de víctima en el contexto de valoración normativa del comportamiento del autor, sea tanto la víctima como el autor quienes hayan configurado el curso lesivo para el primero, éste deberá cargar con la responsabilidad por las consecuencias de su actuar descuidado. El filtro de la competencia de la víctima consiste en crear un riesgo no permitido para sí mismo, producto de la trasgresión del deber de autoprotección (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002, p. 291)⁸⁸».

⁸⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 477.

⁸⁸ CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit., p. 316.

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

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

competencia de la víctima (instituto de la imputación objetiva por el que se pone en relieve la relevancia que tiene la figura de la víctima en el contexto de valorización normativa del comportamiento del autor) al haberse autopuesto en peligro la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por [lo] que el obrar a propio riesgo (el agraviado) tiene una eficacia excluyente del tipo penal; empero no implica en modo alguno el desamparo de la tutela jurisdiccional, pues el denunciante tiene expedito su derecho de hacerlo valer en la vía extrapenal correspondiente para el eventual recobro de su dinero y la reparación civil que corresponda»⁸⁹.

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

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

⁸⁹ Dictamen Fiscal de la 1ra. Fiscalía Mixta de Carabayllo (Fiscal LLATAS CASTRO), de 05 de agosto de 2009.

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

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

11. En doctrina este comportamiento asumido por el denunciante se conoce como *autopuesta en peligro del propio agraviado*, pues el desplazamiento del dinero al que le hacen alusión a favor de los imputados obedeció a la asunción del riesgo al cual en forma voluntaria se sometió; siendo responsable por los defectos de su esfera de competencia organizativa, ya que el hombre medio (pues el agraviado es comerciante) en la situación concreta, sabe que si su vendedor no cumple con remitirle mercadería no tiene porqué seguir depositando dinero por una mercadería que no se le entrega;

más aún si su vendedor, si bien es cierto se dedica también al comercio, también es cierto que no es vendedor formal de celulares y así lo ha reconocido el propio denunciante, quien sabía de esta situación. En tal sentido debe dejarse sentado, como ya se indicó líneas arriba, que el Derecho penal no protege la negligencia de la víctima, no protege a la persona que infringe o renuncia a sus deberes de autotutela; siendo así, estamos frente a criterios de autopuesta en peligro de la propia víctima que se comprende en la moderna teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, para el presente caso no la desprotege, ya que establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles, mediante vía extrapenal, salvaguardando así la función del Derecho penal, como *ultima ratio* y el principio de mínima intervención que lo inspira.

12. Consecuentemente al no haberse acreditado a nivel de certeza el elemento del tipo de *estafa*, referido al engaño bastante y relevante, el comportamiento del imputado no encaja dentro del tipo penal en estudio»⁹⁰.

También se registra otro caso donde el Ministerio Público decidió excluir de la imputación por el delito de lesiones culposas al chofer de una «mototaxi» quien, en un punto de la carretera de Chulucanas hacia el Centro Poblado de Yapaperas, chocó con una moto lineal que transportaba a dos personas, resultando éstas gravemente heridas. El conductor de la moto lineal estaba ebrio, no poseía licencia de conducir, y, como consecuencia del accidente, sufrió la amputación de su pierna izquierda. Su acompañante, una mujer que viajaba sentada en la parte posterior de la moto, sufrió una fractura expuesta del brazo izquierdo. La Disposición Fiscal que aprobó el archivo definitivo, la no formalización y continuación de la Investigación Preparatoria dio por cerrado el caso del modo siguiente:

«Conclusivamente, se tiene entonces, de todo lo compulsado, atendiendo las circunstancias y condiciones en que el accidente

⁹⁰ Requerimiento de Sobreseimiento dispuesto por el Cuarto Despacho de Investigación de la 3ra. Fiscalía Penal Corporativa de Chiclayo (Fiscal Provincial QUIROZ GROSSO), de 19 de septiembre de 2011, fundamentos del 08 al 13.

de tránsito se produjo, que el factor predominante de dicho accidente fue el actuar negligente del denunciante Y.G.G.Z., conductor de la moto lineal, al manejar su vehículo menor en estado de ebriedad y sin contar con la respectiva licencia de conducir, manejando el vehículo a una velocidad mayor a la adecuada y en forma temeraria y zigzagueante, conforme así se desprende de las declaraciones anotadas y del Informe Técnico de Tránsito de fojas 453-460, por lo que se evidencia que el agraviado creó y además incrementó el riesgo que desencadenó el resultado adverso a su persona y a su pasajera D.M.O. (...). Y en cuanto a D.M.O., como ya se dijo, esta circunstancia es recogida en la doctrina como la imputación a la víctima, quien con su propia conducta desarrolla de manera determinante la realización del riesgo no permitido, ya que la creación o aumento del riesgo no recae en el sujeto activo, sino en el sujeto pasivo o víctima, Por consiguiente, no puede sancionarse la imputación del resultado al investigado I.P.C., dado que como hemos analizado líneas arriba, consiguientemente, la disposición fiscal venida en grado se encuentra arreglada a Ley»⁹¹.

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

«13. Que, en estos casos debemos auxiliarnos de la doctrina que desarrolla la imputación objetiva en los delitos imprudentes que se producen como consecuencia del tráfico vehicular, como se sabe el solo hecho de conducir un vehículo aunque sea menor, ya implica aceptar un riesgo, riesgo que debemos evitar su incremento y su posterior materialización en el resultado; en tal

⁹¹ Disposición Fiscal de la 3ra. Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura (Fiscal Superior ROSAS YATACO), de 19 de marzo de 2012, que declara Infundada la Queja de Derecho deducida en el Caso N° 290-2011, fundamento 5.11.

sentido, analizando la conducta del imputado J.L.Z.L. debemos señalar que no obstante encontrarse conduciendo sin la licencia respectiva y al configurar su conducta una falta administrativa, se debe proceder a negar la imputación objetiva por el resultado muerte y lesiones, ya que habría actuado dentro de los márgenes del riesgo permitido (no aumentándolo) (...).

14. Por último, analizando las conductas de las víctimas, en cuanto se refiere al occiso V.M.R.R., fue su persona quien incrementó el riesgo permitido al conducir su motocicleta sin licencia para ello, con presencia de 1.15 centigramos por litro de sangre; lo mismo ocurre con la agraviada D.C.A., quien no obstante haberse percatado de que su conductor estaba ebrio, decidió acompañarlo sin tomar en cuenta el riesgo al que se exponía, en consecuencia, fueron los agraviados quienes se auto pusieron al peligro; por lo que siendo la teoría de la imputación objetiva un *elemento del tipo objetivo* que reúne una serie de criterios normativos los cuales, luego de afirmar la causalidad en los delitos de resultado, permiten afirmar o descartar la imputación de un resultado típico a la acción del sujeto activo; al negarse la imputación objetiva con respecto al imputado, no se le puede atribuir ningún delito, ya que su conducta es atípica»⁹².

IV. Ejercicio de la práctica penal: «Caso quince millones»

En el presente capítulo se han tratado los diferentes temas que, en su conjunto, perfilan el contenido de la teoría de la imputación objetiva. El objetivo de este apartado es someter lo explicado a una aplicación práctica vinculada en lo posible a un caso de la jurisprudencia penal. Fiel a este cometido, se ha elegido uno de los casos considerados «emblemáticos» de la jurisprudencia penal nacional en materia de delitos contra la administración pública. Me refiero al «caso quince millones», que reúne una constelación de problemas jurídicos de enorme relevancia para la discusión dogmática, dentro de los cuales reviste interés para el análisis el asunto de las «compensaciones» como criterio de descarga de la relevancia típica del comportamiento del autor.

⁹² Auto de Sobreseimiento dictado por el 2do. Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo (Juez Penal LEÓN VELASQUEZ), de 16 de agosto de 2010, véase los fundamentos 10 al 14.

1. Hecho imputado

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 20 de julio de 2009 condenó⁹³ al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori como autor de los delitos contra la Administración Pública -peculado doloso por apropiación- y contra la Fe Pública -falsedad ideológica- en agravio del Estado, en virtud de lo cual le impuso 7 años y 6 meses de pena privativa de la libertad, y fijó en 3 millones de nuevos soles la reparación civil a favor del Estado.

La sentencia fue impugnada por la defensa del imputado, dando lugar a que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se pronuncie al respecto el 18 de julio de 2011 confirmando⁹⁴ la sentencia recurrida en todos sus extremos, con lo cual la condena impuesta adquirió la condición de cosa juzgada. Debe precisarse que la sentencia de la Sala Penal Especial fue dictada en el marco de la institución de la conformidad procesal, luego que Alberto Fujimori Fujimori aceptó haber cometido los hechos imputados por los delitos de peculado doloso por apropiación y falsedad ideológica.

Los hechos imputados por el Ministerio Público y aceptados por el imputado -en virtud de la conformidad procesal- son los siguientes⁹⁵:

«A. En el marco de la propalación del video denominado «Kouri-Montesinos», que tuvo lugar el catorce de septiembre de dos mil, y luego de que el acusado Alberto Fujimori Fujimori el día dieciséis de septiembre de ese año anunció la desactivación del SIN, se produjeron las negociaciones correspondientes, bajo la conducción del referido acusado, para apartar a [Vladimiro] Montesinos Torres del cargo que ejercía, que incluyeron la entrega de quince millones de dólares americanos del erario público por sus servicios a favor del régimen, todo lo cual se concretó finalmente.

B. Para la obtención de los fondos públicos, que debían ser proporcionados a Montesinos Torres, a instancias y con conocimiento del imputado Fujimori Fujimori, se realizaron

⁹³ Cfr. el Exp. N° AV-23-2001, de 20.07.2009, ponente: SAN MARTÍN CASTRO.

⁹⁴ Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° AV. 23-2001-09, de 18.07.2011, ponente: BARRIOS ALVARADO.

⁹⁵ Los hechos conformados son tomados en su integridad de manera literal de la sentencia recaída en el Exp. N° AV-23-2001, de 20.07.2009, párrafo 43. Lo resaltado se corresponde con el texto original.

diversos trámites, requerimientos y procedimientos administrativos, que incluyó la expedición del Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, que autorizaba al Pliego 026 Ministerio de Defensa a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios hasta por la suma de sesenta nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, con cargo a regularizar la acción al cierre del Ejercicio Presupuestario dos mil. Es de destacar, al respecto, una comunicación -oficio número 2041, corriente a fojas cuatrocientos cincuenta y tres-, a la que se le consignó como fecha veinticinco de agosto de dos mil, cursada por el presidente del CCFFAA, general EP Villanueva Ruesta, por órdenes del acusado Fujimori Fujimori, dirigida al ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr; comunicación que a su vez repitió el ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz -oficio número 11296-MD-H/3, de esa misma fecha, de fojas cuatrocientos doce-, mediante las que se solicitó una ampliación presupuestal por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles.

C. En las comunicaciones del Sector Defensa se sostenía, falsamente, que ese monto era necesario por razones de seguridad nacional, para concretar el Plan de Operaciones «Soberanía» y, de este modo, evitar el ingreso a territorio peruano de las FARC, a través de la frontera con Colombia. Sobre esa base se expidió el Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, firmado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Defensa y el ministro de Economía y Finanzas, y rubricado por el acusado Fujimori Fujimori como Presidente de la República. Esa norma determinó el requerimiento del ministro de Defensa -oficio número 11338 MD/3, del veintidós de septiembre de dos mil- dirigido al ministro de Economía y Finanzas solicitando el importe de cincuenta y dos millones quinientos mil soles con cargo a la cantidad indicada en dicho Decreto de Urgencia; requerimiento que fue atendido por el Sector Economía y Finanzas.

D. El cheque del Banco de la Nación por la suma requerida en moneda nacional tiene fecha veintidós de septiembre de dos mil.

Ese mismo día el Banco de la Nación adquirió la cantidad de quince millones de dólares americanos, con intervención del general EP Muelle Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF. El citado oficial general en horas de la noche del indicado día, en la sede del SIN, hizo entrega del dinero a Montesinos Torres. A su vez, el referido día veintidós de septiembre de dos mil Montesinos Torres alcanzó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía en el exterior.

E. Posteriormente, el dos de noviembre de dos mil, el acusado Fujimori Fujimori convocó a Palacio de Gobierno a los Ministros Bergamino Cruz y Boloña Behr y al Vice Ministro de Hacienda Jalilie Awapara. En presencia de ellos –y con la asistencia de su cuñado y Embajador del Perú en Japón Aritomi Shinto– hizo entrega al primero de quince millones de dólares –que se encontraban en cuatro maletas–, cantidad que convertida en moneda nacional revertió al Tesoro Público al día siguiente en mérito a una gestión administrativa ante el Banco de la Nación realizada por el general EP Muelle Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF, a instancias del ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –quien cursó el oficio número 11379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, dirigido al ministro de Economía y Finanzas, que señalaba que el CCFFAA ha revaluado la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el oficio 11338 ME/3, del veintidós de septiembre, y, por tanto, cumple con revertir esa cantidad al Tesoro Público–.

F. El dinero en cuestión no era el mismo que se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas el día veintidós de septiembre de dos mil –esto es, cuarenta y un días antes–, se retiró del Banco de la Nación y se entregó a Montesinos Torres –no se trataba de los mismos billetes–. Cabe puntualizar, atento a lo señalado por el Fiscal en la estación de exposición oral de la acusación y de los cargos –artículo 243°.1 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro– (i) que el veintitrés de septiembre de dos mil Montesinos Torres se fugó a Panamá, pero retornó al Perú el veintitrés de octubre de ese mismo año; (ii) que, sin embargo, el veintiocho de octubre de dos mil se detectaron tres cuentas en Suiza a nombre de Montesinos Torres; (iii) que al día siguiente Montesinos Torres fugó del país y un día después se conoció de

las tres cuentas que tenía en Suiza y que fueron intervenidas por las autoridades de ese país –el uno de noviembre se comunicó telefónicamente al Perú de ese hallazgo y el dos de noviembre se cursó la comunicación oficial al Perú–; y (iv) que ese mismo día dos de noviembre, en horas de la noche, el acusado entregó al ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, otros quince millones de dólares, cantidad que fue revertida al Tesoro Público.

G. Es de significar que en la acusación reformulada se hizo mención que se reproducía, en lo pertinente, la primera acusación emitida antes de la decisión de la Corte Suprema de Chile –último párrafo del folio quince de la acusación reformulada de fojas siete mil trescientos setenta y tres–. En el segundo párrafo del folio treinta y ocho de la primera acusación –corriente a fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve– se anotó lo siguiente: «...no estando demás señalar, que el dinero que semanas después entregó Fujimori Fujimori a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno, se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone». Este párrafo, unido al conjunto de la postulación fiscal, permite advertir que la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil».

2. Problema jurídico

El problema generado sobre las compensaciones –si bien con otra terminología– fue planteado por la defensa del Alberto Fujimori Fujimori, al sostener que «no puede declararse culpable al imputado Fujimori Fujimori porque se restituyeron los fondos públicos ascendientes a quince millones de dólares, lo que alternativamente produjo los siguientes efectos jurídicos: exclusión de la antijuricidad material por ausencia de lesión del bien jurídico, o arrepentimiento activo o reparación del daño con carácter exoneratorio»⁹⁶.

⁹⁶ El texto citado –y las demás citas que siguen– constituye el resumen elaborado en la sentencia de los argumentos, tanto del Ministerio Público como –exactamente en esta nota– de la defensa. Cfr. Exp. N° AV-23-2001, párrafo 38 [«Parte Primera. Capítulo III. Posición de la defensa»].

Siendo esto así –prosigue la defensa– «no se puede entender que el delito de peculado se consumó, la apropiación no llegó al estado de consumación porque no se afectó el bien jurídico: patrimonio público funcional, traducido en la debida ejecución del gasto público, en la afectación del servicio público. La antijuricidad material requiere no una mera infracción del deber del cargo, sino la afectación del correcto funcionamiento de la Administración con la lesión del servicio público, lo que no ha ocurrido»⁹⁷.

En contra de este argumento, el Ministerio Público señaló que «los billetes en dólares proporcionados a Montesinos Torres en la noche del veintidós de septiembre de dos mil, de quince millones de dólares, son diferentes a los que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el dos de noviembre de dos mil, entregó en Palacio de Gobierno al entonces ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, para ser devueltos al tesoro público»⁹⁸; «(...) 'se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone' (...) la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil»⁹⁹.

La Corte Suprema se pronunció sobre la problemática del modo siguiente:

[A]: Sobre la restitución de fondos», lo expuesto por la defensa no puede ser aceptado para la decisión del caso, ya que adolece de varias incoherencias e inconsistencias dogmáticas. En primer lugar, porque la regulación de causales de exclusión de antijuricidad material en la legislación nacional sólo contempla el caso del delito imposible o tentativa inidónea previsto en el artículo 17° del Código Penal. Al respecto, es evidente que los

⁹⁷ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 39.E [«Parte Primera. Capítulo III. Posición de la defensa»].

⁹⁸ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 34.J [«Parte Primera. Capítulo II. §4. La acusación acumulada y reformulada o adecuada»].

⁹⁹ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 43.G [«Parte Segunda. Capítulo I. §2. Los hechos conformados»]. Subrayado en el original.

hechos admitidos por el acusado no corresponden a dicha forma de tentativa. De otro lado, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia nacional el delito de peculado se perfecciona con los actos de apropiación o de utilización que realiza el funcionario sobre los bienes o caudales de la Administración Pública. Esto significa que el delito se consuma con el solo fraccionamiento o salida de modo temporal o definitivo de los bienes y caudales de la esfera de custodia del Estado. Lo cual produce una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad, transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe bienes y caudales públicos; así como también, la intangibilidad y la conservación presupuestal o de reserva de los bienes o recursos que integran el patrimonio del Estado. Efectivamente, el tipo legal de esta infracción requiere, siempre, la extracción de los caudales públicos de la esfera de custodia del Estado y su ingreso, cuando menos momentáneo, a la esfera de dominio patrimonial del autor del delito. (...) Por consiguiente, la conducta del acusado, de acuerdo a los hechos por él admitidos –con asistencia de su defensa–, al entregar caudales del erario público a Montesinos Torres, lesionó de modo directo y pleno los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual aquél realizó un comportamiento formal y materialmente antijurídico –es de insistir que lo que el tipo legal de peculado requiere es una afectación a la función pública entendida como administración, la que se da desde el momento en que el agente se apropia de los bienes, a partir de lo cual se comporta de manera infiel, ajena a sus deberes de correcto administrador–. Sobre todo, porque para ello se simuló un falso objetivo presupuestal que fue obviamente frustrado por el empleo real e ilícito que se dio a los recursos obtenidos dañando el fin presupuestal de la Administración»¹⁰⁰.

[B]: Sobre el arrepentimiento activo, «es de precisar que según el artículo 18º, segundo párrafo, del Código Penal, éste requiere que se impida eficazmente el resultado lesivo. Así, por lo demás, lo

¹⁰⁰ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 57 [«Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada»].

exige la doctrina nacional y la jurisprudencia. Según los hechos aceptados por el acusado el resultado se produjo por acción dolosa de éste, quien no sólo se apropió de caudales del Estado sino que los cedió ilegalmente a un tercero. Como advierte la doctrina y la jurisprudencia nacional hay consumación de peculado aun cuando la apropiación haya sido momentánea y los bienes o caudales hayan sido devueltos con posterioridad».

[C]: En relación la reparación del daño con carácter exoneratorio: «se debe destacar que conforme a la legislación penal vigente la reparación posterior del daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad del delito cometido. Ella, de ser espontánea, sólo constituye una circunstancia atenuante genérica que ayuda al juzgador a graduar la pena concreta dentro de los límites de la pena básica, sin autorizar, siquiera, la aplicación de una sanción por debajo del mínimo legal. Por tanto, conforme a los hechos admitidos y conformados por el acusado, la reversión de una suma equivalente a la apropiada ocurrió luego de cuarenta y un días de su entrega a Vladimiro Montesinos Torres. El dinero en cuestión, además, no fue el mismo que se le entregó –se aprecia incluso de los documentos materia de oralización que el dinero que revirtió al tesoro contenía otros billetes y de distinta denominación, y procedía de otra fuente–. Siendo así, no hay efectividad exonerativa de punibilidad que pueda estimarse a favor del imputado por reparación posterior del daño ocasionado en el delito cometido».

El problema en mención obliga a precisar que el mundo del sector público representa un segmento de la sociedad donde el ámbito de competencia del deber funcional es impuesto a su titular –funcionario público– sin que él pueda determinar la extensión de su espacio de libertad de actuación en el cargo. Por la forma cómo se encuentra estructurada la competencia funcional, la responsabilidad en que pueda incurrir el funcionario no se enjuicia dentro del sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias, sino en el marco del deber positivo de naturaleza institucional que lo obliga a garantizar la existencia y el adecuado funcionamiento de la función pública. La responsabilidad jurídico-penal no se deriva así de un comportamiento en sentido

fenomenológico-naturalista, sino del quebrantamiento de los deberes inherentes a la competencia funcionarial¹⁰¹.

Es por esta razón que la conducta atribuida a Alberto Fujimori Fujimori, de haber provocado indebidamente una apropiación de los fondos del Estado, de quince millones de dólares, reúne el sentido de superación del riesgo permitido del tipo penal de peculado (art. 387 CP). Tratándose el actor de un funcionario público, y, en el presente caso, de la más alta envergadura del funcionariado nacional, poco importa si él tuvo o no tuvo el dominio del hecho, o si obró mediante acción u omisión, o si luego restituyó lo apropiado. No importa, en realidad, porque lo decisivo para establecer que la conducta rebasó los límites del riesgo permitido en el segmento de la función pública es la lesión que el obligado especial –el Ex Presidente– ocasionó al deber de «a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad»¹⁰².

El elemento normativo medular de este delito, a su vez acción típica –apropiación–, fue realizado cuando los quince millones de dólares salieron indebidamente de la esfera de la administración pública dentro de una operación dispuesta por el Ex Presidente que involucró además a ministros de Estado y funcionarios de alto rango. Producida la lesión del deber institucional, mejor dicho: existiendo consumación, resultan infructuosos los esfuerzos ingeniosos de la defensa para afirmar que Alberto Fujimori Fujimori se mantuvo dentro del riesgo permitido, no habiéndolo superado porque «se restituyeron los fondos públicos». Expresado los argumentos de la defensa en la terminología de la imputación objetiva se diría: «no es imputable objetivamente al Ex Presidente el tipo de peculado, porque al haber restituido el dinero apropiado a las arcas del Estado, no rebasó los límites del riesgo permitido».

Semejantes consideraciones no son atendibles porque la restitución de un bien corresponde a un momento ex post de valoración, esto es,

¹⁰¹ En profundidad al respecto, JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, N° marg. 29/74 ss.

¹⁰² ACUERDO PLENARIO 4-2005/CJ-116 sobre «Definición y estructura típica del delito de peculado», Fundamento Jurídico N° 7.

después que la conducta rebasó in extenso el ámbito del riesgo permitido, luego que la conducta generó una razón para ser administrada por el Derecho penal. En la medida que la conducta típica practicada responde a la naturaleza de un delito de infracción de deber, configurado por la pura «lesión del deber institucional» del Ex Presidente, el objetivo perseguido por la defensa, de descargar la imputación generada por la apropiación, deviene improductiva porque ninguna *compensación* conjuga una potencia dogmática suficiente que haga desvanecer el carácter típico alcanzado por la lesión del deber. El sentido de lo anotado líneas arriba [*Supra* § 2.III.1.e], que lo que el Derecho ha establecido como estándar en una norma excluye toda compensación aportada mediante prácticas individuales o sociales, reluce con mayor claridad, porque los elementos normativos del tipo penal de peculado están sustraídos a las variaciones que el funcionario le quiera dar acorde a su mundo individual. Fujimori no decide cuándo su conducta pierde sentido jurídico-penal de peculado porque simplemente no le es permitido decidir sobre aquello que ante la generalidad tiene una vigencia institucional de manera estandarizada.

Los tipos penales engloban la sanción y la reparación civil, y, entregan al campo de lo jurídico-penal, la ordenación de los deberes negativos y positivos que sirven de base para la imputación y la sanción penal. Es exactamente en este nivel donde se desenvuelve la valoración acerca de si una conducta se mantiene dentro del riesgo permitido o lo rebasa. El argumento de la restitución del bien –técnicamente, el de la compensación– es absolutamente inidóneo para producir efecto alguno de descarga o exclusión de la imputación penal. Con acierto afirma PAWLK al respecto que «el instituto de la compensación del daño no es adecuado para contrapesar el específico injusto del ciudadano»¹⁰³. Por ello, el discurso de la restitución o de la reparación del daño corresponde al campo de lo civil, y, para los efectos del presente caso, como bien lo señala la sentencia, «sólo constituye una circunstancia atenuante»¹⁰⁴ que no añade ni quita nada a la conducta desbordante del riesgo permitido.

¹⁰³ PAWLK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, pp. 88-89.

¹⁰⁴ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 58 [«Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada»].

En el mismo sentido deviene igualmente estéril el argumento de la acusación, de que los billetes de quince millones de dólares restituidos por el Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori no son los mismos que le fueron entregados para dárselos a Vladimiro Montesinos. ¿Cambiaría la situación si se hubiese tratado de los mismos billetes? En realidad para los efectos de determinar el carácter típico de la conducta es indiferente la constitución naturalística de los billetes, por tratarse el dinero de un bien fungible. El delito de peculado se cometió con la apropiación del dinero en su valor global; es superfluo argüir que los billetes restituidos no fueron los mismos que los apropiados para dar por consumado el delito de peculado.

§ 3
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

«El dolo no constituye un dato (Factum) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez»¹.

Claus ROXIN

I. Consideraciones generales

El juicio de tipicidad se concibe como el proceso valorativo de subsunción o adecuación de una determinada conducta humana a la hipótesis contenida en un tipo penal². Sin embargo, más allá de esta pacífica conceptualización, la subsunción de un hecho en el tipo objetivo no completa el juicio de tipicidad, es decir, no es suficiente para poder imputarle penalmente ese hecho a una persona como una obra suya³. Para la imputación jurídico-penal, se requiere que esa conducta objetivamente adecuada al tipo penal esté abarcada por el conocimiento de la persona que la realiza, de modo tal que pueda serle atribuida como una objetivación de ese aspecto interno que le es innegablemente inherente.

De allí la necesidad que un Derecho penal respetuoso de las garantías fundamentales del Estado de Derecho se funde sobre el principio de culpabilidad y la consiguiente proscripción de la

¹ ROXIN, Claus, Prólogo a la obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires 2011, p. 33.

² Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 296.

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

responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal)⁴, que conlleva a la ineludible exigencia de constatar un elemento subjetivo normativamente relevante para poder afirmar plenamente la tipicidad de un comportamiento⁵. Este nivel de análisis se constituye en una garantía para el ciudadano en tanto marca el límite del Derecho penal en el plano de lo subjetivo, de suerte que no le está permitido al Estado inmiscuirse en el ámbito privado de las personas ni reprimir meros pensamientos por más indecorosos o viles que éstos puedan ser. En ese sentido, se revela incuestionablemente vigente la máxima *cogitationis poenam nemo patitur* (¡el pensamiento no delinque!). Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

«El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado (...), de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa»⁶.

En esta línea argumentativa, resulta claro que no cualquier forma o manifestación del pensamiento o conocimiento humano puede configurar ese componente subjetivo indispensable para el juicio de tipicidad, sino sólo aquellos que el Derecho penal reconozca válidamente como una exteriorización relevante del fuero interno de la persona. Y tales formas de la subjetividad humana, de acuerdo al art. 12 CP⁷, sólo pueden ser el *dolo* o la *culpa*, cuya determinación –dado que la ley penal peruana, a diferencia de otras legislaciones, no ofrece una definición acabada o concreta sobre dichos elementos–

⁴ Artículo VII, Título Preliminar CP: «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva.»

⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008, p. 391.

⁶ Sentencia recaída en el Exp. N° 014-2006-AI/TC, F.J. 25 y 26.

⁷ «Artículo 12°. Delito doloso y culposo.

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

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

requiere un proceso valorativo y analítico. Este proceso se conoce precisamente como *imputación subjetiva*, que será estudiada en el presente capítulo, luego de haberse analizado el aspecto externo del hecho mediante la *imputación objetiva*⁸.

II. Orden metodológico: la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva

El proceso que conlleva la imputación jurídico-penal para poder ofrecer soluciones coherentes a casos prácticos requiere necesariamente de un orden metodológico que guíe el análisis jurídico a fin de determinar la tipicidad de una conducta. Este orden en el análisis responde particularmente al significado social que para el Derecho penal debe tener toda conducta sometida a su ámbito de enjuiciamiento al superar los límites de lo jurídicamente tolerado –el riesgo permitido–, de modo que si ya de antemano determinado comportamiento no representa ninguna alteración del orden social jurídicamente protegido ni implica la defraudación de ciertas expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, esto es, no altera el espacio del riesgo permitido, carece de toda relevancia e interés indagar el aspecto subjetivo de quien realizó dicho comportamiento y por ende atribuir cierto sentido al conocimiento⁹.

Esto significa que el orden de análisis más congruente desde una perspectiva normativa comienza por determinar en primer lugar la tipicidad objetiva, y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, es posible pasar al siguiente nivel, para el análisis de la tipicidad subjetiva¹⁰. Dicho en una forma más sencilla: el juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado –riesgo permitido– para luego recién pasar a abordar la imputación subjetiva,

⁸ Véase al respecto Supra §. 2.

⁹ Por ello, y con evidente razón, JAKOBS sostuvo hace ya varios años: «Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena», cfr. JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Id.*, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid 1997, p. 302.

¹⁰ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 113 s.

en los términos expuestos más adelante. Sostener un orden inverso, es decir, anteponer el análisis de lo subjetivo al del aspecto externo de la conducta conllevaría sin duda alguna a consecuencias absurdas y arbitrarias en la práctica. Así, por ejemplo ¿castigamos penalmente al médico que, actuando con el más estricto y escrupuloso respeto de la *lex artis*, realiza una intervención quirúrgica *deseando* la muerte de su paciente gravemente enfermo que, en efecto, termina falleciendo tras la operación? Al anteponer el análisis subjetivo y enfocarse en los viles deseos del médico, una solución consecuente con dicho orden metodológico afirmarían sin más que el profesional de la medicina debe responder penalmente por el delito de homicidio en grado de tentativa cuanto menos si el paciente sobrevive a la operación quirúrgica. Lo mismo podría afirmarse respecto al boxeador que con ánimo homicida, pero actuando reglamentariamente, ataca a su contrincante¹¹. Y, trasladando este razonamiento al ámbito de los delitos contra la administración pública, carecería igualmente de sentido afirmar la responsabilidad penal del funcionario público que, aun con intención de obtener algún provecho económico, sostiene conversaciones o acercamientos legalmente permitidos con un particular en torno a un proceso de contratación estatal¹². La respuesta en todos los casos es la misma: los deseos, los pensamientos, las representaciones no fundamentan *per se* el juicio de imputación subjetiva.

Este tipo de situaciones refleja la necesidad de empezar el examen de la tipicidad por el lado objetivo de la conducta, que sólo puede verse superado si se constata *objetivamente* el quebrantamiento de un rol o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber derivado del ámbito

¹¹ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Bogotá 1996, pp. 95 s.

¹² Como lo señala ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Grijley, Lima 2007, p. 413: «Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones o concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento». De hecho, normas como la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (Ley N° 28024) sirven para establecer la frontera entre los actos de gestión permitidos (orientados a influir en una decisión pública) y los pactos confabulatorios o clandestinos. De allí que resulte claro que la concertación típica propia de la colusión sólo puede realizarse al margen de lo jurídicamente permitido.

de competencias del sujeto, superando de este modo los límites del riesgo permitido. Sólo de esta manera se garantiza que el Derecho penal no invada la esfera más íntima del ciudadano, y, en consecuencia, no reaccione ante meras representaciones, deseos o anhelos, más allá de su valoración específica como malintencionados, viles o perversos, los que pueden ser censurables desde una perspectiva moral, más no en modo alguno desde un punto de vista jurídico¹³.

Al Derecho penal sólo le atañe «imputar» una determinada subjetividad, el orden normativo jurídico-penal construye y atribuye un sentido de relevancia al conocimiento, como se verá más adelante, después de constatar la existencia de una conducta que exceda los límites de lo tolerado por las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente –campo de lo objetivo–; de suerte que ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, sea a título de dolo o culpa, si el comportamiento enjuiciado no perturba el orden jurídico-social. Una conducta que goza de reconocimiento social no admite preguntas ni intervenciones sobre el fuero interno del actuante. Por estas consideraciones, no cabe duda de que el tipo objetivo es el sustrato u objeto de referencia del tipo subjetivo¹⁴.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en esta misma línea argumentativa:

«(...) que, por otro lado, en cuanto a la tendencia psicológica del encausado a evadir su responsabilidad penal, ésta deviene en irrelevante por haberse probado que el hecho objetivamente carece de relevancia penal, por lo que *la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada*, por lo que la absolución dictada a su favor se encuentra acorde a Ley»¹⁵.

Existe también una sentencia del Subsistema Anticorrupción en la misma dirección:

¹³ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998, pp. 83 s.; CARO JOHN, José Antonio, «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, 2006, p. 247.

¹⁴ FEIJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 93: «Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo».

¹⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO). Considerando Cuarto, el subrayado ha sido agregado.

«En cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con 'dolo'. En el presente caso el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, es la atribución del sentido normativo del conocimiento, por lo que, el único conocimiento válido que interesa al Derecho penal, no es otra cosa, que el actuante 'debía saber', 'debía conocer' en el contexto social de su acción, no lo que 'sabía' o lo que 'conocía'; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal»¹⁶.

En ese sentido, sólo cabría analizar –retomando los ejemplos propuestos– si el médico actuó con dolo o culpa, siempre que previamente se hubiese determinado que la operación quirúrgica no se llevó a cabo en observancia de las reglas técnicas que le impone su profesión (*lex artis*); o que el boxeador infringió los límites establecidos por el reglamento correspondiente; o que los acercamientos entre el funcionario público y el particular han superado los límites de lo jurídicamente tolerado, para devenir en una concertación típica del delito de colusión (art. 384 CP). Todas estas consideraciones, sin duda, refuerzan el orden metodológico aquí resaltado que ha de guiar el juicio de imputación y que lo ratifican como el más consecuente para la relación armónica que debe existir entre Derecho penal y la Sociedad¹⁷.

III. El carácter normativo del conocimiento penalmente imputable

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

La determinación de los elementos que conforman el lado subjetivo del tipo no ha sido una cuestión pacífica que haya sido

¹⁶ Sentencia del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, Exp. N° 0005-2011-Lima, de 21 de diciembre de 2011 (Juez Penal LEÓN VELASCO), fundamento jurídico N° 18.1.4, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 712.

¹⁷ A este respecto, JAKOBS se refiere a la «dependencia recíproca», en virtud de la cual «cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales (...) del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles». Vid. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid 1996, pp. 22 s.

solventada de manera unívoca e indiscutida en el Derecho penal, al punto que aún hoy subsisten planteamientos de sustratos marcadamente diversos para definir el fundamento de la imputación subjetiva. En la dogmática jurídico-penal se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos¹⁸: por un lado, las teorías *psicologicistas*, que parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías *normativistas* que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano.

Para las teorías psicologicistas el conocimiento jurídico-penalmente relevante no es más que un fenómeno psicológico, en tanto proceso efectivamente ocurrido en la mente del autor, que debe averiguarse en el curso del proceso penal¹⁹. Por tanto, para esta forma de concebir la imputación subjetiva el conocimiento penalmente relevante constituye una realidad pretérita, un fenómeno psíquico existente en el momento en el que se llevó a cabo la acción típica y que el juez debe tratar de reconstruir. A partir de esto se revelan algunos inconvenientes derivados de la visión extrajurídica a partir de la cual conciben la imputación penal.

Como se dijo, al trasladar la visión del mundo natural al ámbito del Derecho penal, la óptica psicologicista confunde el plano naturalístico con el normativo, que es el que realmente le interesa a la imputación subjetiva. Por tal razón, al tratar al conocimiento humano como un simple dato psíquico que debe ser acreditado en el proceso penal, surge inmediatamente la pregunta de cómo llevar a la práctica semejante cometido, esto es, demostrar una determinada

¹⁸ Cfr. en lo que sigue, CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 236.

¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999, p. 205.

representación mental existente al momento en que se produjo la acción delictiva. Ciertamente el juez penal no tiene la capacidad ni la formación para leer la conciencia de las personas o para aproximarse a su contenido, de modo tal que pueda determinar con certeza qué fue lo que se representó en su mente o quiso el autor al momento de actuar²⁰.

En un plano práctico, estos problemas se muestran aún más evidentes, pues en orden a satisfacer las exigencias procesales inherentes a la convicción judicial y al principio *in dubio pro reo*, es indispensable alcanzar el grado de certeza sobre un hecho para considerarlo probado. Sin embargo, resulta difícilmente explicable que el convencimiento del juez pueda garantizar la identidad del contenido de esa convicción y lo que efectivamente pasó por la mente del autor. Considerando que los conocimientos científicos y la experiencia sólo alcanzan a estimar *probable* la existencia de un hecho²¹. En suma, una visión psicologicista de la imputación subjetiva está destinada al fracaso cuando se pone a prueba su capacidad de rendimiento a un nivel de aplicabilidad práctica²².

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

Las consideraciones acabadas de explicar han de resultar suficientes para abandonar la estrecha visión que, acerca del juicio de imputación subjetiva y del Derecho penal en general, tienen las tesis de corte psicológico, y, correlativamente, han de permitir optar por una postura más acorde con la función eminentemente social que cumple el Derecho penal, reafirmando su íntima vinculación con la sociedad. Esto conlleva a optar por una perspectiva normativista, según la cual el conocimiento penalmente relevante no es apreciado como un simple fenómeno psicológico que deba ser hurgado en la mente

²⁰ Como lo señaló el penalista alemán ZACHARIÄ, citado por JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», cit., p. 303, nadie lleva un «espejo en el pecho» que permita que otros lean sus pensamientos.

²¹ RAGUÉS I VALLES, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 266; agrega: «una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso» (p. 272, subrayado en el original).

²² GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422: «una verificación de intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal».

del autor ni, por ende, averiguado o dilucidado por el juez penal. Todo lo contrario, pues la premisa de la que parten las concepciones normativas es la de que *los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para el Derecho penal*²³.

Antes bien, lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, «atribuir externamente una determinada actitud al agente»²⁴, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor, lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor²⁵.

En ese sentido, habida cuenta de la evidente falta de una definición legal de dolo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los contornos y contenido conceptual de tales elementos²⁶, despojándolos de criterios ajenos al Derecho que solamente complican el juicio de imputación subjetiva y generan márgenes inadmisibles de inseguridad jurídica. Al encomendar al juez la titánica tarea de probar un hecho psíquico, se confía a la *convicción judicial* la decisión final sobre su prueba, es decir, se hace depender la resolución del caso en última instancia de un criterio puramente subjetivo. Como sostiene RAGUÉS I VALLÈS: «La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite

²³ CANCIO MELIÀ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 75; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 242; ID., *Dogmática penal aplicada*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 36 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Grijley, Lima 2004, p. 52.

²⁴ CANCIO MELIÀ, Manuel, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», cit., p. 61.

²⁵ CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 239, 247 ss.; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422; HRUSHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ID., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 19 ss.; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, 2002, pp. 411 ss.

²⁶ CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, cit., p. 40.

ya en el plano teórico que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional»²⁷.

Por esta razón la atribución de un sentido penalmente relevante al conocimiento se rige por determinados criterios *normativos* que dotan de seguridad jurídica a la resolución de casos prácticos, teniendo en cuenta la particular trascendencia que tiene el juicio de imputación subjetiva y la consiguiente determinación del dolo o la culpa, según corresponda, pues no sólo el tipo culposos tiene contemplado siempre una pena inferior al doloso, sino que en muchos casos la ausencia de dolo determina la impunidad de la conducta, al no prever la ley penal expresamente una modalidad imprudente²⁸.

Si bien los criterios que rigen el proceso de atribución del *conocimiento penalmente relevante* serán desarrollados más adelante a propósito del tipo doloso y culposos, cabe aquí esbozar algunas de las importantes particularidades y consecuencias que trae consigo una concepción normativa de la imputación subjetiva. Como se ha señalado, una concepción normativista determina la relevancia penal de lo subjetivo a partir de una visión que va desde lo *externo* hacia lo *interno*: lo *externo* aquí se configura por el significado social perturbador de la conducta específica y lo *interno* por el sentido normativo que se atribuye al conocimiento²⁹. Precisamente aquí radica la importancia de adoptar el orden de análisis ya reseñado precedentemente, consistente en verificar primero si una conducta adquiere un significado socialmente perturbador para luego pasar a determinar si dicha conducta se imputa a título de dolo o culpa a quien la realizó.

El gran mérito, no obstante, de una postura normativista estriba en la determinación de lo que se ha venido denominando como conocimiento penalmente relevante, que no es sino el conocimiento concreto que el sujeto *debía tener* o, lo que es lo mismo, que *se espera* que tenga en el contexto social específico de su actuación. Así, en contraposición a las tesis de corte psicológico, a la imputación subjetiva

²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 270 (cursivas en el original).

²⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

²⁹ CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 247.

desde una perspectiva normativista le interesa desde un comienzo lo que el actuante «debía saber» y no lo que meramente «sabía» o «podía conocer» al momento de actuar. Aquí precisamente radica el carácter *normativo* de esta forma de concebir la imputación subjetiva, pues para la determinación de lo que en un plano subjetivo es relevante para el Derecho penal, es necesario atribuir cierto conocimiento al sujeto que actúa (no constatarlo en su psique)³⁰, un conocimiento que en el contexto de interacción en que se desarrolla esa actuación estaba obligado a tener. En otras palabras, determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder; se trata, por tanto, de *competencias de conocimiento*.

Esto tiene la inexorable consecuencia de que *el conocimiento jurídico-penalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica, ni se averigua, sino, se imputa*. De allí que la imputación subjetiva se defina como la atribución al autor, en atención a su esfera de competencia en un contexto social determinado, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas³¹.

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

«En el ámbito de la imputación subjetiva (...), el dolo es entendido como atribución al conocimiento en sentido o en clave normativo o 'conocimiento de la acción junto con sus consecuencias'. Este conocimiento, es respecto de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera

³⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 275: «las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo» (cursivas en el original). En ese sentido, asimismo, Cfr. VOGEL, Joachim, «Dolo y error», en *Cuadernos de política criminal*, N° 95, II, 2008, p. 15.

³¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima 2007, p. 477; RAGUÉS I VALLÈS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 21, para quien esta definición corresponde a un tercer modelo, distinto, por un lado, al modelo del 'hombre medio' (que advierte y prevé todos los peligros relevantes) empleado por un sector doctrinario en el ámbito de la imputación objetiva; y, por otro lado, al modelo utilizado en sede de culpabilidad, en el que se tiene en cuenta al imputado de forma individual, con todas sus anomalías y limitaciones personales.

concreta un determinado objeto protegido. En este sentido, el dolo se configura solamente como el conocimiento de probabilidad de aparición del riesgo, lo que genera el deber de evitación, expresado como un deber de no emprender la acción riesgosa.

En síntesis, una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni verifica, sino que se imputa. Pero además que esta imputación no depende de indicadores externos al Derecho penal, sino que se materializa a través de criterios jurídico-penales. Si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor»³².

IV. Irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva

La adopción de un modelo de Derecho penal que prescinde de cualquier referencia psicológica para la determinación del conocimiento penalmente relevante tiene importantes consecuencias prácticas. Particularmente, los denominados *conocimientos especiales* constituyen un tópico en que se ponen de manifiesto las evidentes e insuperables dificultades que trae consigo una visión psicologicista de cara a explicar de un modo mínimamente razonable la imputación subjetiva³³. La cuestión a establecer es si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, aquellos que superan el conocimiento estandarizado, situándose por fuera de las fronteras de un rol determinado, pueden fundamentar o tener alguna consecuencia jurídica en el juicio de imputación.

Para dar una respuesta dogmáticamente coherente a esta cuestión debe partirse por las competencias de conocimiento a las que se hizo referencia líneas arriba, esto es, al *deber de conocer* que le impone al

³² Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00034-2011, de 20 de septiembre de 2011 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 7.4, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 577.

³³ Cfr. el magistral trabajo de RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2011, p. 202.

sujeto la posición específica que ocupa en el contexto social concreto de interacción donde se desenvuelve. Ese deber de conocer no viene dado de forma genérica e inmutable para todas las personas e interrelaciones sociales posibles, sino que adquiere un contenido particular y se perfila en función del contexto del contacto social en concreto. Es decir, las competencias de conocimiento se configuran siempre de modo contextualizado³⁴.

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

Estos ejemplos aportan precisamente los elementos que resaltan las diferentes consecuencias que traen consigo una concepción normativa que imputa el conocimiento sobre la base de lo que el sujeto *debía conocer*, y, un enfoque psicologicista, por el cual el conocimiento penalmente relevante no es más que un dato naturalístico a constatar en la mente de la persona. Resulta claro que el comportamiento realizado en los ejemplos propuestos responde simple y llanamente a una actividad cotidiana y socialmente estandarizada, que en sus respectivos contextos adquiere, por lo mismo, un significado neutral, ajustado a Derecho. Por lo mismo, en un sentido penalmente relevante dichas personas no pueden ser consideradas como parte de esa comunidad delictiva a la cual se hallan tan sólo psíquica y causalmente

³⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, «Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 1, 2000, p. 143; CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», cit., p. 76; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 476 s.; RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 21; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 54, 191 ss.

conectadas. Mejor dicho, no pueden ser calificadas jurídicamente como cómplices, aun cuando posean ciertos conocimientos especiales – conocimientos excedentes al rol –, pues éstos, en el escenario concreto de actuación, no son más que datos psíquicos irrelevantes para el juicio de imputación penal. Sostener lo contrario conllevaría apenalar todo lo que las personas saben y se representan, con lo cual un Derecho penal sometido a una visión psicologicista se convertiría peligrosamente en un orden normativo que castiga al ciudadano diligente y premia al ciudadano dejado: más le valdría entonces al ciudadano abocado a una actividad cotidiana ir por la vida como un auténtico ignorante, o como un «burro», sin saber ni enterarse de nada, porque, por saber un poco más de lo que realmente debería saber, puede terminar en la cárcel³⁵.

Todas estas afirmaciones se basan en la existencia de espacios de libertad jurídicamente reconocidos a todo ciudadano en la actividad, profesión u oficio (art. 20, inc. 8 CP) que desempeñan de forma cotidiana, en tanto concreción de su derecho a la autodeterminación, consagrado como derecho fundamental en la Constitución Política³⁶. Es evidente, pues, que el Derecho penal no puede castigar la realización de un derecho fundamental.

Sin embargo, retomando los ejemplos del empresario y la secretaria acabados de mencionar, alguien podría preguntarse: ¿El ‘conocimiento’ que tienen ambas personas no reúne relevancia alguna para la imputación penal? ¿Es que acaso ellos no han favorecido de algún modo la comisión de un delito? La respuesta debe ser *negativa* para ambas interrogantes.

En relación a la *primera* pregunta, porque ese ‘conocimiento’ no es más que un dato meramente psicológico, un conocimiento que, completamente ajeno al ámbito de competencias de los actuantes, no les es jurídicamente exigible en el específico contexto de interacción social en que realizan su aporte. La sociedad no espera ni exige, pues, que los empresarios caritativos sepan las cualidades morales de los funcionarios que administran el dinero que donan ni qué van a hacer

³⁵ Vid. CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 241.

³⁶ Artículo 2º. Derechos fundamentales de la persona: «Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo de la personalidad (...).».

con él; ni tampoco que una secretaria encargada de hacer decenas de trámites documentarios al día, conozca o supervise la forma cómo su jefe maneja los fondos públicos que se le han confiado. Vale decir que se trata de una representación mental, como muchas otras que acompañan a cada momento a las personas en su vida cotidiana, que, como dato psíquico, carece de relevancia penal en la medida en que el actuante no tiene el deber jurídico de conocerlo ni aplicarlo en dicho contexto³⁷. En este lugar la afirmación de JAKOBS alcanza una fuerza demoledora: «un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica»³⁸.

En cuanto a la *segunda* pregunta, sería un total contrasentido declarar una conducta imputable penalmente únicamente en función de los datos psíquicos que internamente reúna el agente cuando externamente dicha conducta posee el significado de neutro o de socialmente adecuado. Ni a la secretaria ni al empresario de los ejemplos propuestos les son jurídico-penalmente exigibles –en sus respectivos contextos sociales– un «deber de conocer» acerca de los fines ilícitos que perseguían los funcionarios públicos con los que se interrelacionaron, puesto que, aun conociéndolos, la solución siempre será la misma: sus conductas no reúnen el sentido de favorecimiento a un delito, carecen de relevancia penal en vista que no superan los límites del riesgo permitido. Los conocimientos especiales resultan ajenos al rol que desempeñan los actuantes en el contexto concreto de la interacción social.

Los conocimientos especiales carecen de fuerza normativa tanto para configurar una comunidad delictiva como adaptar la conducta del actuante cotidiano a una comunidad delictiva existente³⁹. En los

³⁷ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 58 ss., 83 s.; Id., «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'», en Id., *Estudios de Derecho penal*, trad. de Cancio Meliá / Peñaranda Ramos / Suárez González, Civitas, Madrid 1997, pp. 214 s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001, pp. 113 ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, pp. 46 ss.

³⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 60.

³⁹ Cfr. CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., pp. 58 ss.

ejemplos señalados, la comunidad delictiva creada por los funcionarios públicos sólo a ellos vincula, más no así al empresario ni a la secretaria. Aquí opera en toda su amplitud, como ya se podrá advertir, la *prohibición de regreso*⁴⁰. Ambos actores no han favorecido la comisión de delitos contra la administración pública, sin duda, no desde un punto de vista *normativo*, único relevante para el Derecho penal. Podría sostenerse, por el contrario, que sí hubo tal favorecimiento en un plano causal-naturalístico o psicológico-naturalístico; sin embargo, ello resulta totalmente irrelevante para el juicio de imputación penal.

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

«En relación a los conocimientos especiales, según la teoría de la imputación objetiva es irrelevante el conocimiento especial, lo importante es establecer si existe el deber de saber o de indagar (...), los conocimientos pertenecen al rol en que actúa y no es posible desvincularse de ellos; solo en la medida que el conocimiento se ajuste con el rol, es decir, si dentro de las expectativas que lo integran se incluye la de 'deber saber algo' se puede fundamentar que se deba utilizar ese conocimiento para evitar un determinado resultado»⁴¹.

Una noticia difundida en los medios de comunicación dio cuenta que un presunto delincuente con amplio prontuario delictivo fue capturado por la policía, luego de haberse sometido a una operación quirúrgica para adelgazar y poder así dificultar su identificación y

⁴⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, «La prohibición de regreso en el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / GARCÍA CAVERO, Percy *et al.*, *Estudios de Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2005, pp. 70 ss.

⁴¹ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 18, en CASTAÑEDA OTSU, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, p. 472.

detención por parte de las autoridades competentes⁴². Cabría preguntarse en este contexto: ¿Debe responder penalmente por delito de encubrimiento personal el médico que llevó a cabo el procedimiento quirúrgico, aun cuando se haya enterado por las noticias periodísticas que su cliente era un delincuente prontuarioado? En la medida en que se entienda que el acto médico practicado constituye un servicio estandarizado que se puede obtener en cualquier otra parte, la respuesta habrá de ser *negativa*.

Precisamente en este orden de consideraciones radica la plena congruencia de una concepción normativista con la función social que ha de cumplir el Derecho penal, pues en tanto sistema social, éste no puede entorpecer ni estar de espaldas a los contactos sociales anónimos que caracterizan a la sociedad moderna. En definitiva, un dolo psíquico no ofrece respuestas coherentes cuando es indispensable delimitar ámbitos de responsabilidad en este tipo de contactos sociales en los que, como ya se adelantó, las simples representaciones o pensamientos, por su carácter ilimitado y por ende difícilmente determinables, no pueden dar sustento a la imputación subjetiva. De allí que, como lo señala FEIJOO SÁNCHEZ, los conocimientos especiales sólo adquieren relevancia para el tipo penal cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma⁴³; mejor dicho, sólo es exigible su aplicación cuando una norma así lo dispone, aunque en este supuesto ya estamos ante un conocimiento *normativo*, perteneciente a un rol determinado, ajeno por completo al conocimiento psíquico *per se* intrascendente para el Derecho penal.

V. El dolo

1. Contenido del dolo

Aquí se parte de una premisa fácilmente deducible de los anteriores apartados y que está referida al contenido del dolo: éste se halla conformado solamente por el conocimiento, de manera que para

⁴² Puede verse más detalles sobre esta noticia en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1506082/noticia-gordo-tobi-fue-capturado-mancora-operarse-bajar-peso> (consulta: 7 de diciembre de 2012).

⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 114. Este autor sostiene que, correlativamente, los «desconocimientos especiales» constituyen un problema relacionado con el riesgo permitido y no con la intención del autor (p. 117).

afirmar su existencia basta con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica⁴⁴.

Esta forma de apreciar el contenido del dolo se diferencia de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal⁴⁵; es decir, se halla constituido por una especial relación subjetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Esta marcada diferencia en la configuración del dolo se explica en el contexto en que fueron formulados los planteamientos tradicionales con la función atribuida al Derecho penal de proteger bienes jurídicos (*v. gr.* la vida, el cuerpo, el patrimonio) frente a ataques dirigidos a lesionarlos. Así es evidente que las acciones más graves serán aquellas que, en un plano subjetivo, se encuentran impulsadas por una voluntad o intención de lesionar el bien jurídico.

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

⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, § 8, núm. marg. 8; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 404.

⁴⁵ Cfr. en ese sentido, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires 2005, § 8, núm. marg. 66: «(...) la definición tradicional del dolo expresa algo completamente correcto: forma parte de él, además del conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal por medio de la conducta propia, una determinada actitud interior, que puede ser caracterizada, mientras sea consciente de la imperfección de la expresión, con la fórmula tradicional que se mantiene hasta hoy, como *voluntad de realizar el hecho*» (cursiva en el original). En la doctrina nacional defiende esta postura VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354; también HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1178, quien sostiene que el hecho de que la ley no haya definido al dolo como conformado por la consciencia y voluntad, «no significa en absoluto que deba abandonarse esa concepción».

elemento volitivo dirigido a ese fin. Sería insulso, pues, exigir una «voluntad de creación de riesgos prohibidos», cuando existe ya un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos. Teniendo en cuenta que los conceptos dogmáticos deben determinarse siempre en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se muestra a todas luces como la más consecuente⁴⁶.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que la postura tradicional que concibe al dolo como consciencia y voluntad del tipo objetivo ha venido siendo progresivamente abandonada por la doctrina, de suerte que hoy en día puede afirmarse que, de modo implícito o explícito, *el dolo se concibe sólo como conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo*⁴⁷. Este giro conceptual obedece en realidad a diversas razones, entre las que aquí cabe destacar el hecho de que una aplicación coherente del dolo conformado también por la voluntad o la intención llevaría a considerar como delito imprudente supuestos que a todas luces se aproximan claramente al merecimiento de pena propio del delito doloso. Precisamente, la clásica tripartición del dolo (directo, de segundo grado y dolo eventual) responde a ampliaciones del concepto de dolo construidas para no tener que castigar como simples imprudencias conductas que se muestran mucho más graves y cercanas al delito doloso⁴⁸.

Así, en el doctrinariamente conocido caso del sujeto que coloca una bomba en un edificio para matar a su enemigo, pero cuya explosión termina acabando con la vida de varias personas que también ocupaban el inmueble, o en aquel caso del sujeto que atropella a un niño tras conducir a alta velocidad por una vía cercana a un colegio pese a representarse que en ese momento los estudiantes podían transitar por el lugar, el elemento volitivo se va difuminando al punto de quedar prácticamente imperceptible. Esta situación obliga a las teorías que definen el dolo como voluntad o intención, a tratar a toda costa de encontrar este elemento en sucesos –como los acabados de

⁴⁶ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 481.

⁴⁷ RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 13.

⁴⁸ BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 78, para quien la forma básica del dolo debe ser en estricto el dolo eventual, de modo que las demás formas tradicionales del dolo han de desaparecer; RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 13 s.

señalar a título de ejemplo— en que esto resulta sumamente difícil, incluso para el ciudadano promedio. ¿Alguien podría afirmar inequívocamente que los sujetos de los ejemplos *quisieron* matar a los ocupantes del edificio o a los niños que salían del colegio?⁴⁹ De allí que los defensores de estas tesis volitivas acaben postulando que quien simplemente *acepta, asume, se conforma, se toma en serio o se resigna* con la realización del tipo objetivo⁵⁰, para el Derecho penal *quiere* dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente⁵¹.

De lo contrario, esto es, si no se ampliara el concepto de dolo en estos términos, supuestos como los mencionados tendrían que ser castigados a título de mera imprudencia, algo que prácticamente nadie defiende en la actualidad⁵². Sin embargo, parece claro que lo forzado de una argumentación como ésta, que pretende ver voluntad o intención allí donde sólo hay una vaga representación y que, por ende, deduce automáticamente ese elemento volitivo de «la actuación pese al conocimiento», no resulta dogmáticamente aceptable y arroja muchas dudas sobre su necesidad y coherencia. No obstante ello, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la extendida doctrina de corte psicologicista para la que existe una clasificación tripartita del dolo basada en los grados de probabilidad del resultado lesivo:

«(...) el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever

⁴⁹ Esto lleva a que BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 70, se pregunte: «¿puede haber un elemento esencial del dolo que sólo aparezca en una de las tres formas reconocidas del concepto?».

⁵⁰ Las expresiones de esta índole, constatables en la literatura, son incontables y obedecen más a un juego de palabras que a un intento real de establecer reglas de imputación de hechos, como lo pone de relieve FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 35 s.

⁵¹ En este sentido, WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed. (traducción Juan Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993, p. 81, sostiene: «si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia».

⁵² Cfr. en ese sentido, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 49.

el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos sub-materia, habría que aceptar el descabellado razonamiento que éstos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima *se representaron como probable* el hecho que ésta, al arrojarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorberse los⁵³.

Las inconsistencias expuestas se revelan visiblemente cuando se traslada una concepción volitiva del dolo al ámbito de los delitos de mera actividad, en los que resultaría manifiestamente innecesario exigir de modo indispensable la concurrencia de voluntad o intención⁵⁴. Así, por ejemplo, sería absurdo sostener que no actúa dolosamente quien ingresa a un domicilio ajeno sabiendo que no cuenta con autorización de su titular, pero «sin haber querido hacerlo». Esto ha motivado que la doctrina sostenga que la clásica tripartición del dolo, basada en una graduación de la intensidad de la voluntad, haya sido concebida única y exclusivamente para los delitos de resultado⁵⁵.

Sobre la base de este orden de consideraciones se ha ido fortaleciendo el progresivo abandono del pretendido elemento volitivo en el dolo⁵⁶. Es más, cabe afirmar que la postura que opta por prescindir del elemento volitivo es plenamente coherente con lo establecido por el Derecho positivo, el cual arroja mayores luces sobre la irrelevancia del mismo para el concepto jurídico-penal de dolo. Como en otras legislaciones comparadas, si bien el Código penal no contempla una

⁵³ Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 6239-97, Ancash (cursivas añadidas).

⁵⁴ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 91, quien señala acertadamente que en estos casos para afirmar el dolo basta el conocimiento de los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo.

⁵⁵ RAGÜES I VALLÈS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 15.

⁵⁶ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 8, núm. marg. 5 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires 1999, pp. 316 ss., 319 s.; BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., pp. 67 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 23 ss., 52 ss.; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 177 ss., 323 ss.; ID., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 16 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992, pp. 401 ss. En la doctrina nacional: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 481 ss.; ID., *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 405 s.; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 247 ss.

definición expresa de dolo, sí ofrece un concepto negativo del mismo, es decir, indica lo que no es dolo, aquello que no se debe considerar como la forma más grave de injusto que prevé el ordenamiento penal, estableciendo así una diferenciación entre dolo e imprudencia. En efecto, el artículo 14° del Código penal⁵⁷ establece que no existe dolo cuando se presenta un error, o, lo que es lo mismo, cuando el hecho realizado por el autor no es abarcado por su conocimiento⁵⁸.

Por consiguiente, a partir de este precepto una conducta sólo puede ser dolosa cuando el autor tenía un conocimiento suficiente sobre las circunstancias de un suceso que se ajusta a la hipótesis del tipo penal. De este modo, resulta fácil apreciar que el Código penal no se refiere en ningún momento a la voluntad como elemento del dolo; de hecho, no exige (a diferencia del derogado Código penal de 1924)⁵⁹, ni positiva ni negativamente, el elemento volitivo, como sí lo hace con el conocimiento, que es el componente nuclear del artículo 14° para determinar lo que no debe ser castigado a título de dolo. En esa misma línea, mientras el Código penal prevé una atenuación de la pena cuando falta el elemento cognitivo, no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de ausencia de voluntad o intención para realizar el tipo objetivo, lo que evidencia inequívocamente la irrelevancia que tiene este elemento para la ley penal⁶⁰.

⁵⁷ Artículo 14°.- *Error de tipo y error de prohibición.*-

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

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

⁵⁸ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 316 s.: «Por lo tanto, una correcta comprensión de los problemas del error es imposible sin considerar previamente la noción de dolo»; CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 245; FEJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 25.

⁵⁹ El cual establecía, basándose en la fórmula suiza, que una infracción penal era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. A decir de HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1175, la omisión del legislador del Código penal actual al momento de definir el dolo es insatisfactoria, debido a lo incipiente de la doctrina nacional y a la formación insuficiente de los jueces.

⁶⁰ CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 245. La misma situación a nivel de Derecho positivo se presenta en España; Cfr. BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., pp. 69 s.

A partir del análisis de la regulación legal del dolo queda claro que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho penal en tanto elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva. Ciertamente es posible que para algunos tipos penales el elemento volitivo pueda cobrar mayor peso por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva, pero esta cuestión –derivada más de una técnica legislativa en particular– no torna dogmáticamente indispensable su concurrencia para afirmar el dolo⁶¹. En otras palabras, es posible que en la realización del tipo objetivo concorra la intención o voluntad del autor, pero estos elementos son inherentes a la acción misma y no constituyen un requisito de la imputación dolosa⁶².

El dolo es el conocimiento del riesgo típico, a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización; en otras palabras, quien conoce plenamente el riesgo generado por su comportamiento, actúa con dolo⁶³. Sostener lo contrario, exigiendo necesariamente la concurrencia de un elemento volitivo, llevaría a privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros más prudentes, como ya se señaló en líneas precedentes. Sirvan los siguientes ejemplos para demostrar esta afirmación:

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

⁶¹ Como sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 28, quien no hace nada por evitar un riesgo y, por el contrario, asume, acepta o consiente el resultado lesivo, sólo pone en evidencia un requisito más emocional que volitivo, que no sería más que un «adorno» a efectos de imputación. Por su parte, BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 70, se refiere a un «fenómeno psíquico acompañante»; *vid.* asimismo, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 406.

⁶² Es más, los jueces pueden tener en cuenta la intención inequívoca (dolo directo), el dolo de segundo grado, o el dolo eventual, al momento de individualizar la pena, pues en los supuestos de dolo directo la desautorización de la norma es más evidente y el autor se distancia de forma más decidida de los parámetros de conducta establecidos por el ordenamiento jurídico. Cfr. en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 42.

⁶³ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317.

- b) Un sujeto prepara en una botella un potente veneno para ratas a fin de acabar con la plaga que ha detectado en su casa, pero la deja sin darse cuenta sobre la mesa de la cocina. Al cabo de unos días, al efectuar la limpieza de la cocina, guarda esta botella junto con otros alimentos en el refrigerador, pensando que se trataba de una bebida gasificada. Su suegra bebe de esa botella creyendo también que se trata de una refrescante bebida, muriendo a los pocos minutos.

El juicio de imputación subjetiva a partir de una teoría volitiva llevaría a ofrecer la misma respuesta para ambos casos, pese a que el primero revela una conducta ostensiblemente más desvalorada que el segundo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. En efecto, ante la ausencia de un elemento volitivo o intencional, se tendría que afirmar que la conducta en ambos supuestos es meramente imprudente. Sin embargo, esta solución se muestra manifiestamente arbitraria, pues la imputación no puede depender de la posibilidad absolutamente aleatoria de que el autor sea un empedernido optimista o un simple temerario. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto «no haya querido» ocasionar el resultado lesivo, «haya confiado» en que el resultado no se iba a producir o que no se «haya tomado en serio» la realización de dicho resultado. Lo que interesa a la imputación subjetiva, antes bien, es que el sujeto conozca la situación concreta de riesgo, esto es, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance, enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado lesivo que esa situación pueda producir, no pudiendo dejar al azar esta cuestión ni eximirse de responsabilidad (a título de dolo) por esas consecuencias lesivas.

Por ello, una perspectiva del dolo cognitivo ofrece una solución más coherente y ciertamente más justa: en el caso a) el sujeto conocía perfectamente la situación de riesgo que se generaba al ofrecer a una persona una bebida con un potente veneno, por lo que no había ninguna razón para que «no tomara en serio» o «no contara» con que la muerte de su novia no se iba a producir: «El que 'tiene el hecho típico ante sus ojos' ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por haber confiado»⁶⁴. Situación muy distinta a la

⁶⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 32.

del supuesto b), en que la representación del sujeto no abarcaba cabalmente la situación de riesgo creada, esto es, su conocimiento no coincidía plenamente con la realidad, por lo que ese conocimiento defectuoso imputable a él determina la imputación a título de imprudencia (véase *infra* VI).

2. La prueba del dolo

Una teoría integral del dolo no se limita a definir este elemento subjetivo, sino proporciona además las herramientas para su comprobación en el proceso penal, es decir, ofrece criterios válidos y seguros para probar los conocimientos del autor al momento de delinquir⁶⁵. El dolo no es un elemento psíquico que debe buscarse en la cabeza del autor, se trata más bien de un elemento que se encuentra en la cabeza de quien se encarga de valorar el suceso concreto e imputar un conocimiento de creación de un riesgo jurídicamente prohibido⁶⁶. ROXIN inquiriere en la definición más precisa: «El dolo no constituye un dato (Factum) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez.»⁶⁷ Ya no es necesario ponerse imaginariamente en lugar del autor y desde ahí hacer una valoración para determinar si el agente conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación⁶⁸. Por el contrario, como ya se indicó, teniendo en cuenta que el dolo es en última instancia la imputación de una forma del conocimiento (aquella que se estima penalmente relevante), debe partirse del contexto de la acción, pues éste permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer al momento de realizar la conducta concreta, y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado.

En la determinación del contenido del conocimiento cobran fundamental relevancia los datos externos objetivamente constatables

⁶⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 16 s.; FEJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 61: «El problema de la prueba del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo».

⁶⁶ Cfr. VOGEL, «Dolo y error», cit., p. 9.

⁶⁷ ROXIN, Claus, Prólogo a la obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires 2011, p. 33.

⁶⁸ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 491.

que rodean la actuación del sujeto, esto es, el contexto social concreto en que tiene lugar su comportamiento, pues será dicho contexto el que finalmente defina la atribución de ese conocimiento a título de dolo⁶⁹. Así las cosas, el contexto social no es otra cosa que el contexto del significado normativo de la conducta, pues si la imputación penal se basa en la infracción de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta (único relevante para el Derecho penal) se deducirá de cómo la persona se comporta –en observancia o no del deber– en ese espacio concreto de interacción social⁷⁰. Por ejemplo, el funcionario público que tiene a su cargo el cuidado y almacenamiento de alimentos perecibles destinados a programas de apoyo social, en razón de su estatus social, debe conocer y tomar las medidas mínimas para la conservación de tales alimentos; si procediera a distribuir los mismos en estado de descomposición y se produjera la muerte de sus beneficiarios, no podrá alegar en su defensa el desconocimiento de esas medidas o que no se representó las consecuencias lesivas de su conducta o que confió en que éstas no se iban a producir.

El conocimiento configurador del dolo está compuesto así por lo que el sujeto *debía saber* (conocimiento normativo) y no meramente por lo que sabía (conocimiento psicológico). Lo que se *debe saber* se determina en función de la posición específica (del rol) que ocupa el actuante en el contexto de interacción, pues precisamente esa posición permitirá saber qué conocimiento es el exigible en esa particular situación, careciendo de toda importancia lo que el agente sabía en su fuero interno o lo que pudo haber sabido. Si lo que sabe o pudo haber sabido fuera suficiente para fundamentar la imputación subjetiva, o si ésta dependiera de meras representaciones psíquicas sobre posibles resultados, entonces toda imaginación o representación, *per se* indeterminables, podría dar contenido a la imputación. En el caso

⁶⁹ HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 161, quien se refiere a las circunstancias externas del caso concreto; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 323 ss.; ID., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., pp. 19 ss.; VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», cit., pp. 411 ss.: «El dolo se infiere a partir de las circunstancias externas y una eventual oposición a esta inferencia sólo puede prosperar si se aportan circunstancias externas distintas que pongan en tela de juicio la plausibilidad de tal inferencia» (p. 426).

⁷⁰ CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., pp. 251 s.

acabado de señalar, significa que carecerá de toda relevancia inquirir en lo que el funcionario supo o pensó cuando procedió a distribuir los alimentos en mal estado, sino lo único a tomar en cuenta es lo que *debía saber* en función de su rol en el contexto de la acción. Precisamente, el rol encierra el deber jurídico y la medida de responsabilidad para su portador, de tal forma que tratándose de productos perecibles debió adoptar las especiales medidas de salubridad y conservación antes de distribuirlos a sus destinatarios. Él no podrá librarse de una imputación penal a título de dolo alegando un mero desconocimiento de las referidas medidas de conservación.

De lo dicho se deriva la central importancia de los datos que aporta el contexto social que rodea la conducta enjuiciada para la atribución del conocimiento propio de la imputación dolosa, pues permite establecer los deberes jurídicos a los que el sujeto se halla inexorablemente vinculado y que éste no puede desconocer alegando simple desconocimiento, como ya se vio. La imputación penal exige necesariamente la contextualización de la conducta enjuiciada: una persona fumando un cigarrillo por la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace cerca de una estación de gasolina es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa. Entonces el contexto específico en que se desarrolla la acción resulta determinante para la imputación penal y permite definir los conocimientos que le son exigibles en ese particular escenario⁷¹. Desde luego, como ya debe haber quedado claro al hilo de la exposición, sólo se puede imputar aquel conocimiento jurídicamente exigible al sujeto en el contexto de la acción.

En atención a las evidentes dificultades que implica la demostración de un conocimiento psicológico en la mente del autor, los criterios tradicionales para la determinación del dolo emplean principalmente dos herramientas para probar el conocimiento: por un lado se encuentra la *confesión autoinculpatoria*, que se convierte en la prueba por excelencia de la existencia de dolo, pues sólo el autor tiene el monopolio de lo que realmente pasó por su cabeza en el momento de la realización del hecho delictivo. De otra parte se ubica la *prueba de indicios*, que no es sino la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de la experiencia a hechos objetivos

⁷¹ CARO JOHN, «Imputación subjetiva», cit., p. 251.

previamente probados⁷². Sin duda, este último es el criterio más frecuentemente utilizado por los tribunales para atribuir el conocimiento a título de dolo, puesto que las confesiones autoinculpatorias no son muy comunes en la práctica forense⁷³. Sin embargo, el recurso a estos dos criterios sólo tiene una utilidad práctica cuando, como resultado de su valoración, produce en el juez la íntima convicción de que el suceso ha acontecido realmente. Es decir, sólo sirven para dar contenido o algún sustento a la íntima convicción judicial acerca de cómo se desarrolló el suceso.

El problema que se genera radica en que la íntima convicción judicial se enlaza con la libre valoración de las pruebas, esto es, con una herramienta de elevada carga subjetiva. Es innegable que las convicciones personales son algo sumamente variables en función de una persona u otra, por lo que si se hiciera depender de un criterio tan subjetivo y cambiante la valoración probatoria, el juicio de imputación subjetiva se tornaría peligroso y arbitrario. En la práctica forense esto implica que dos casos idénticos pueden tener soluciones radicalmente opuestas, viéndose la sociedad obligada a dar por correctas ambas soluciones⁷⁴.

Precisamente para corregir los problemas a que puede conducir este método de probanza, se plantean límites y parámetros objetivos a la íntima convicción: las reglas de la experiencia. Estas reglas, desde luego, no deben ser construidas o inventadas por el juez para cada caso concreto, sino debe buscarlas en el ámbito de la interacción social, teniendo como base los elementos configuradores del tipo penal. Según cómo estén configurados los elementos del tipo podrá establecerse qué es lo que el sujeto debía conocer en la interacción social concreta. Por ejemplo: el tipo penal del encubrimiento real (art. 405 CP) sólo se acreditará si quien «procura la desaparición de las huellas o prueba del delito» u «oculta los efectos del mismo» sabe que esas huellas, pruebas o efectos proceden de un delito. ¿Pero cómo probar que sabía? Los elementos objetivos externos a la acción nos darán la respuesta en

⁷² Cfr. VOGEL, «Dolo y error», cit., p. 15; BACIGALUPO, «Problemas actuales del dolo», cit., p. 79.

⁷³ RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 18.

⁷⁴ Como señala FEJOO SANCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 133, y se colige claramente de lo hasta aquí expuesto, los procesos psicológicos muestran siempre una mayor dificultad procesal.

función de las reglas de la experiencia, porque en este caso el tipo subjetivo requiere una probanza de conocimiento con certeza y no una mera presunción o sospecha de conocimiento. Se deberá valorar en conjunto la posición de la persona (el rol que desempeña) en la interacción social, el grado de vinculación con el tercero que incurrió en el delito precedente, las declaraciones y testimoniales, el cruce de información obtenida mediante la intervención sobre el secreto de las comunicaciones, el levantamiento del secreto bancario, etc.

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

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

demostró transparencia en ese accionar que se ha calificado como delictivo y que a nivel de esta instancia se ha desvanecido»⁷⁵.

De este modo, sólo podrá atribuirse correctamente los conocimientos al imputado cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia cuya vigencia, desde una valoración social, es indiscutible, de suerte que se pueda afirmar que, presupuestos ciertos datos objetivos propios del contexto, una persona debía necesariamente conocer los hechos⁷⁶. Siendo esto así, es evidente que tales hechos le son plenamente imputables a título de dolo, pues el sujeto conocía perfectamente la conducta que realizaba y los riesgos implícitos.

Retomando los ejemplos señalados en el acápite anterior⁷⁷, en el caso del sujeto que envenena a su novia para «darle una lección», el juez deberá efectuar una valoración desde una perspectiva social a fin de determinar si, aun cuando sea cierto que el sujeto tenía profundos sentimientos hacia su novia, conocía los riesgos inherentes a su conducta. Y según las reglas de la interacción social vigentes, resulta claro que un líquido con un potente veneno implica necesariamente un altísimo riesgo mortal para quien lo ingiera. De esta forma, al conocer que su novia está tomando ese líquido, se entiende desde un punto de vista social que también conoce que su conducta era apta para producirle la muerte⁷⁸. La sociedad no acepta, pues, que alguien que realiza una conducta valorada como inseparable de la creación de determinados riesgos, pueda dejar de representarse su idoneidad lesiva en el concreto momento en que actúa, con total independencia de lo que el sujeto *quiso* o *sentía* por

⁷⁵ Véase el texto completo de la ejecutoria en URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SANCHEZ, Nelson *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima, 2011, pp. 80-84.

⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», cit., p. 20.

⁷⁷ Véase *Supra* § 2.V.1.

⁷⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pp. 469 s.: «Cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto 'conocimiento situacional', se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación».

la víctima, lo cual, en cualquier caso, podría tener alguna relevancia para la configuración concreta del juicio de culpabilidad, mas no para la imputación subjetiva⁷⁹.

Como se puede ver, una perspectiva normativa que atienda a referentes sociales exhibe una mayor capacidad de rendimiento para la práctica forense, pues la actividad probatoria ya no se centrará en los conocimientos psicológicos del autor al momento en que actuó, sino en la contextualización de su actuación, a fin de determinar las competencias de conocimiento, es decir, qué debía conocer, para poder finalmente imputarle ese conocimiento.

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

VI. La culpa

1. La culpa como error

En un Derecho penal que se orienta a garantizar ciertas expectativas sociales de conducta, de las que se deriva el deber de evitar la creación de riesgos jurídicamente inadmisibles, la configuración normativa de la culpa no puede resultar sustancialmente distinta a la del dolo. Tanto en uno como en otro caso, no es necesario determinar lo que el autor sabía, pensó o sintió al momento de la acción típica, sino lo que debía saber⁸⁰. No obstante,

⁷⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 42, 68 s.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 227 s.

⁸⁰ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4, para quien la culpa es sólo un concepto más general que el dolo. De opinión distinta, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002, p. 606: «La imprudencia no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que es algo diverso a éste».

la imputación subjetiva de la culpa tiene ciertas particularidades que la distinguen de la imputación dolosa.

En la culpa o imprudencia⁸¹ no se imputa el pleno conocimiento de la situación de riesgo y de su entidad para defraudar las referidas expectativas sociales, sino un conocimiento de menor grado que, sobre la base de ciertos criterios normativos, permite afirmar tan sólo la posibilidad de haber conocido la realización del tipo objetivo⁸². Por tanto, mientras en la imputación subjetiva del dolo existe un deber de conocer, en la imputación culposa se exige un deber de evitar acciones riesgosas cognoscibles⁸³. En otras palabras, si el dolo es el producto de la decisión del autor de realizar un hecho típico, teniendo los datos suficientes para calcular esa posibilidad, la imprudencia comporta una decisión de realizar un hecho típico sin que el autor tenga a su alcance todos los datos que el tipo penal considera relevantes; es precisamente esa decisión de actuar sin contar con la información actual necesaria la que configura una falta de cuidado y, a su vez, lo que da lugar a la imputación subjetiva por imprudencia⁸⁴.

Si la imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que

⁸¹ Nuestro Código penal, al igual que muchos cuerpos normativos de la región, han optado por emplear los vocablos 'culpa' y 'culposo'. No obstante, tanto a nivel legislativo como doctrinario, se ha considerado más adecuado referirse a los términos 'imprudente' o 'imprudencia', a fin de separar esta categoría delictiva de nociones moralistas o religiosas y diferenciarla claramente de la culpabilidad jurídico-penal. Cfr. al respecto, RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 33, nota 1.

⁸² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5.

⁸³ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 2; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 560 s.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 53: «En el caso de los comportamientos dolosos, el tipo subjetivo estaría conformado por el conocimiento de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que en las conductas imprudentes estaría conformado por la cognoscibilidad de la creación de ese riesgo no permitido».

⁸⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54. Para KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima 2007, p. 47, el autor imprudente sólo dispone «de un saber actual limitado» en relación al autor doloso, quien, según sostiene, «asume, con una cierta probabilidad, que un determinado comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo, y es precisamente por esto que él tenía que evitar este comportamiento».

encierra, entonces la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta. Aquí cobran especial vigencia los alcances del ya citado artículo 14° del Código Penal, el cual define lo que no debe entenderse como una actuación dolosa⁸⁵. Por consiguiente, la culpa, a diferencia del dolo, se configura a través de actos en los que falta el conocimiento actual sobre los riesgos prohibidos que deben evitarse⁸⁶ o, más específicamente, sobre las circunstancias fácticas que hacen que un comportamiento, en un determinado contexto, suponga un riesgo típico. Si bien ambas formas de actuación tienen en común el deber de evitar la creación de riesgos con potencial lesivo, la imprudencia presenta la particularidad de que el conocimiento sobre esa situación no se encuentra actualizado por parte del autor, como sucede en el delito doloso, en el que sí existe un conocimiento íntegro y actual sobre la creación de un riesgo prohibido con idoneidad lesiva para lesionar intereses jurídicos ajenos. A la luz de la regulación positiva vigente, cabe afirmar entonces que la culpa no es sino un supuesto de error de tipo vencible⁸⁷.

La diferencia entre dolo e imprudencia radica en los diferentes niveles o grados de conocimiento al momento de tomar una decisión de actuar. Naturalmente, toda acción humana se guía por un factor volitivo, pero como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores apartados, éste no es indispensable para la fundamentación del juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o de culpa. Como lo señala SILVA SÁNCHEZ, «la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza en forma voluntaria, y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado»⁸⁸.

⁸⁵ BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 339 ss., resaltando que esta postura era ya defendida desde antiguo en la dogmática de la culpa, por VON LISZT, quien sostuvo que «el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho»; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54: «El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo».

⁸⁶ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4.

⁸⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 1; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., pp. 41 s.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 401.

Entendiendo que se trata de un error sobre el riesgo típico, la culpa se configura a partir del insuficiente conocimiento del hecho y de la vencibilidad de dicho error, criterios de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de conocer (cognoscibilidad) el potencial lesivo de su conducta⁸⁹. Ahora bien, esta cognoscibilidad no puede determinarse de forma arbitraria, sino de modo normativo, sobre la base de criterios objetivos que garanticen un correcto juicio de imputación subjetiva y que permitan optar por la atribución propia del delito doloso o la del culposo. Para estos efectos, nuevamente, debemos atender al contexto social concreto en el que tiene lugar la conducta enjuiciada y la posición jurídica (el rol) del autor.

De la posibilidad que tuvo de superar el error en que incurrió dependerá si tuvo, a su vez, la posibilidad de conocer el riesgo típico⁹⁰. No se puede esperar, pues, que sea cuidadoso quien no tiene ninguna posibilidad de aplicar ese cuidado que le es exigible aunque quiera o esté motivado para tal fin, pues «el deber implica el poder»⁹¹. Esto permite personalizar el juicio de imputación subjetiva y abandonar figuras de aplicación general como «el hombre medio» o «el ciudadano prudente» para determinar cuándo un resultado lesivo era previsible⁹².

⁸⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 562.

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

⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 275: «si al autor le resulta imposible conocer el hecho típico, o conociéndolo le es imposible evitarlo, ya no se puede hablar de ningún deber».

⁹² Sobre los inconvenientes de la previsibilidad en su concepción tradicional, Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá 1996, pp. 276 ss.; y en profundidad sobre una panorámica de dicho criterio, pp. 266 ss. En ese sentido también, FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», cit., pp. 85 ss.

Existe una Ejecutoria Suprema donde, en un sentido contrario a las presentes consideraciones, se basa el juicio de imputación en el delito imprudente en la noción de los conocimientos que posee el *hombre prudente*; Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3011-2010-Cusco, de 27 de julio de 2011. Considerando quinto: «(...) la imputación subjetiva imprudente demanda indagar sobre dos aspectos: la cognoscibilidad y la previsibilidad. La primera,

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

El artículo 14° del Código penal exige que el autor doloso se represente correctamente el hecho típico, por lo que, correlativamente, para el autor culposo se exige una representación defectuosa o incompleta del hecho que éste pudo y debió superar. En buena cuenta, lo que se imputa al autor culposo es no conocer y evitar aquello que habría conocido y evitado si hubiera sido más cuidadoso⁹³.

Si se trasladan estas consideraciones a los ejemplos del envenenamiento⁹⁴, debe afirmarse contundentemente que el sujeto que dejó por error una botella con un potente veneno en el refrigerador, de la cual posteriormente bebe su suegra, no tiene un conocimiento integral de la situación de riesgo que al final se materializa en un resultado fatal. Su representación, por el contrario, es incompleta y no le permite apreciar plenamente la situación riesgosa o, lo que es lo mismo, su representación no coincide con la realidad. Esto impide atribuirle un conocimiento a título de dolo, pues existiendo innegablemente un error en su representación, ese nivel insuficiente del conocimiento no puede sino conducir a una imputación culposa. Sin embargo, aunque a efectos expositivos se haga esta disquisición, la imputación subjetiva de la culpa exige necesariamente un factor adicional, esto es, la infracción de un deber de cuidado, lo que se aborda a continuación.

2. La infracción del deber de cuidado

En efecto, lo dicho respecto al menor grado del conocimiento en la imputación culposa respecto de la dolosa –y, en general, respecto a las diferencias entre dolo y culpa– no ha de llevar a pensar que toda lesión no dolosa da lugar a un delito imprudente. Para poder afirmar la existencia de un delito imprudente, es necesario que la conducta

se entiende como exigibilidad del conocimiento del peligro que se determina en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad (conciencia del riesgo y de los deberes de cuidado que observarse para neutralizarlo). La segunda, se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier hombre prudente en la producción de un resultado típico».

⁹³ FEJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., pp. 115 s.

⁹⁴ *Vid. supra* V.1.

haya infringido una norma de cuidado, esto es, que haya vulnerado el deber de cuidado que conforma dicha norma⁹⁵. Esto significa que el conocimiento insuficiente que caracteriza a la imputación culposa no configura automáticamente un delito imprudente. La imprudencia, en tanto error de tipo vencible, es siempre un error vinculado a una falta de cuidado con relevancia para el Derecho penal⁹⁶.

Para la determinación de una conducta imprudente es indispensable constatar que se ha infringido determinadas reglas de cuidado que, como no podía ser de otra forma, se definen en función del contexto social de interacción. Como ya se ha indicado, si bien los tipos penales prevén conductas prohibidas en abstracto, es labor del operador jurídico contextualizar dichas conductas para concederles fuerza expresiva. Por ejemplo, el homicidio culposo del art. 111 CP prescribe de forma genérica: «*El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona*». Pues bien, para darle un significado más específico a este enunciado legal es indispensable contextualizar esa conducta abstracta, de modo que si se la muerte se produce a raíz de un accidente de tránsito, la determinación de la posible infracción del deber de cuidado pasará por analizar las reglas de tránsito. Si la muerte se ocasiona en un quirófano, habrá que determinar si el médico actuó con imprudencia sobre la base de la observancia de la *lex artis* médica.

En el ámbito de los delitos contra la administración pública, si se imputa a un funcionario público haber permitido la sustracción dolosa de caudales estatales por un servidor público, se habrá de recurrir a la normatividad del sector (reglamentos, directivas, etc.) que delimitan de algún modo u otro los deberes de supervisión y vigilancia asignados a determinados funcionarios público. La relevancia que adquiere esta normatividad, por lo general extrapenal, no conduce a fundamentar con su sola infracción de modo automático la realización de un

⁹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281; ID., *El dolo eventual*, cit., p. 131, nota 208. Por su parte, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima 2007, p. 86, aborda la diferencia entre 'norma de cuidado' y 'deber de cuidado', de manera que mientras la primera es la norma penal que incorpora como punible un determinado comportamiento imprudente (v. gr. homicidio culposo), el segundo se integra por las reglas técnicas que se quebrantan en un caso concreto en que se realiza la conducta imprudente.

⁹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281.

comportamiento penalmente imprudente; pero constituye sin duda un indicador normativo idóneo para determinar los parámetros socialmente aceptados para la realización correcta de ciertas actividades riesgosas⁹⁷.

La infracción del deber de cuidado se erige como un requisito de la responsabilidad subjetiva a título de imprudencia⁹⁸. Si un caso concreto sólo evidencia un conocimiento insuficiente o defectuoso del autor, mas no la infracción de un deber de cuidado relevante para el Derecho penal, no podrá tener lugar la imputación culposa, en razón que «sin infracción del deber de cuidado ya no cabe imputar un resultado a título de imprudencia»⁹⁹. Si se imputa a un funcionario público haber permitido que terceros pertenecientes a la institución en la que labora sustraigan cierto monto de dinero, para imputarle el delito de peculado culposo no bastará con afirmar que tuvo un conocimiento defectuoso de la situación de riesgo generada en el área en que se desempeña, sino que habrá que determinar necesariamente que infringió un deber normativo de cuidado derivado de su ámbito de competencia funcional¹⁰⁰.

Con algunas particularidades, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado respecto al deber de cuidado como elemento sustancial en el ámbito del delito imprudente:

«(...) abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias, infringiendo un *deber de prudencia y de cuidado*; que en el presente caso, tratándose de un operativo policial el acusado estaba obligado a tener lista

⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente. Una visión funcional*, cit., p. 90.

⁹⁸ GÖSSEL, Karl Heinz, «Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia», en *Delitos culposos*, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003, p. 18: «la observancia de reglas de cuidado es, por consiguiente, lo que hace evitables perjuicios a bienes jurídicos».

⁹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 300.

¹⁰⁰ En palabras de KINDHÄUSER, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, cit., p. 46: «la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual que se valora como contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos».

su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huida del agraviado, éste tuvo que reaccionar de inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física»¹⁰¹.

VII. Ejercicio de la práctica penal: Caso de peculado culposo¹⁰²

Este caso incide en un problema que con bastante frecuencia se presenta en el ejercicio de la función pública referido a la delegación de competencias como parte de la división de tareas para hacer más efectiva la función en las estructuras del Estado. ¿En qué medida le es permitido a un funcionario público delegar sobre un inferior jerárquico un segmento de las competencias atribuidas a su cargo? ¿Qué papel desempeña el principio de confianza en este caso como un criterio demarcador de los límites del riesgo permitido? Estas cuestiones son analizadas a continuación de la mano de un caso de peculado culposo imputado a dos funcionarios de una municipalidad.

1. Hecho imputado

a) *Imputación típica*

Considerando Segundo:

«(...) según la acusación fiscal de fojas 442, se atribuye a los encausados Wilder Manuel Alcalde Palomino en su calidad de Ex Gerente y Wilmer Vargas Pompa, en su calidad de Jefe del Área de Abastecimiento de la Municipalidad Provincial de San Pablo, haber actuado negligentemente, lo que produjo la sustracción de 10 cajas de un total de 77 cajas que contenían partes de maquinaria para mecánica de producción, confecciones e industria –consistentes en tres motores correspondientes a las máquinas del modelo YXP-2 (desbastadora de calzado), y dos máquinas completas incluyendo cabezal, tablero y motor del modelo GC-0301 (aparadora de calzado), una máquina completa modelo ZC-170-M (cortadora de tela)–, donadas por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento a favor de la

¹⁰¹ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2161-2003, Cono Norte, fundamento sexto.

¹⁰² El caso ha sido tomado de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2458-2011-Cajamarca, de 10 de julio de 2012.

Municipalidad con la finalidad de implementar la Institución Educativa N° 82097, maquinarias que fueron recepcionadas el 9 de mayo de 2005 por la almacenera Doralis Alfaro Vásquez (sentenciada), custodiándolos posteriormente el almacenero Eugenio Castrejón Vásquez (sentenciado), éstos en calidad de encargados del almacén de la indicada entidad edil, siendo que el 24 de enero de 2006, Castrejón Vásquez hizo entrega del cargo al almacenero entrante Ernesto García Castañeda, quien dejó constancia de que sólo le estaban entregando 60 cajas más 2 máquinas armadas y 2 motores en una caja de triple y abierta».

b) Resolución del caso por la Sala Penal Suprema

Considerando Cuarto:

«(...) cabe precisar que un simple acto causal no constituye un factor determinante para imputar un delito a una persona, sino, debe buscarse el significado de esa conducta y observar si actuó dentro de una normatividad expresa o tácita, a efectos de atribuir objetivamente el tipo a una conducta determinada».

Considerando Quinto:

«(...) de la revisión de autos se advierte que si bien dentro de las funciones de ambos procesados estaba el resguardar el patrimonio de la Municipalidad, lo cierto es que el ex Gerente Alcalde Palomino contrató al personal, esto es a almaceneros, quienes estaban permanentemente en el local, para que efectúen la función directa de control y vigilancia de los bienes que se encontraban en el almacén de la Municipalidad (encontrándose dicha facultad dentro de sus funciones), delegando así dicha función de custodia de los bienes que ingresaban a la Municipalidad a los almaceneros, existiendo una división de trabajo y la especialización de cada trabajador que hace que confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando, por lo tanto Alcalde Palomino y Vargas Pompa actuaron en la creencia o confianza que el personal encargado iba a cumplir en forma idónea con dicha función (tal como lo han declarado en la sesión del 17 y 19 de enero de 2011, conforme se aprecia a fojas 838 y 843); es decir, que los responsables directos de la custodia de los bienes eran los dos almaceneros, quienes no ejercieron correctamente sus funciones y hoy se encuentran condenados por ello (pues fue en

el período que ejercieron la función de almaceneros que se produjo la sustracción de dichos bienes); y si bien el ex Gerente y el Jefe del Área de Abastecimiento tenían una labor de supervisión hacia el personal, actuaron amparados en el principio de confianza (filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos), por cuanto actuaron en la creencia que el personal a su cargo cumpliría cabalmente las funciones encomendadas, no pudiendo sancionárseles por el actuar negligente de terceros, incurriendo los recurrentes en todo caso en una inobservancia de la norma administrativa, por lo que su conducta no puede catalogarse como penalmente relevante (por no superar uno de los filtros de la imputación objetiva); en consecuencia, debe absolvérselos de la acusación fiscal a los procesados Wilder Manuel Alcalde Palomino y Wilmer Vargas Pompa, al no haberse enervado la presunción de inocencia que constitucionalmente los ampara.»

2. Problema jurídico

a) Primero paso: Delimitación de las esferas de competencia funcional

Antes de someter a valoración el problema vinculado al delito culposos en el presente caso, es obligado hacer un recorrido previo por el campo del tipo objetivo, en aplicación práctica del orden metodológico explicado líneas arriba [*Supra* § 3.II], según el cual el juicio de tipicidad comienza por el análisis acerca de si una determinada conducta logra superar el riesgo permitido para recién después pasar a abordar la imputación subjetiva en sus posibles manifestaciones como dolo o imprudencia.

Este cometido se lleva a cabo necesariamente con el instrumental dogmático proporcionado por la moderna teoría de la imputación objetiva, puesto que, de lo que se trata es establecer la existencia de algún comportamiento que altere y ponga en tela de juicio la norma penal como modelo de orientación social. Ello resulta lógico si se tiene presente el contexto de las acciones a enjuiciar dogmáticamente, aquí de dos funcionarios públicos –Gerente y Jefe del Área de Abastecimiento de la Municipalidad Provincial de San Pablo–, para quienes el reparto funcional de trabajo y la confianza juegan un papel trascendental a fin de delimitar sus ámbitos de competencia y responsabilidad.

Dado que el delito es mucho más que la mera constatación de una relación causa-efecto entre la acción humana y el resultado lesivo producido –como muy bien lo ha precisado la ejecutoria suprema en su Considerando Quinto–, la imputación objetiva busca determinar si un determinado suceso acontecido en el mundo social puede ser atribuido normativamente a una persona como una conducta típica por haber infringido algún deber jurídico-penalmente relevante que lo convierta en competente respecto al hecho. Es decir, para determinar la relevancia típica la una conducta no es suficiente verificar en un plano físico-causal quién ocasionó un resultado, o si lo causó dolosa o imprudentemente, sino que, despojando la valoración de todo vestigio empírico-naturalista, lo correcto es separar los ámbitos de responsabilidad de cada interviniente adscribiendo la imputación únicamente a quien haya excedido los márgenes de su ámbito de competencia funcional.

En lo concerniente al presente caso, se tiene que los actuantes pertenecen a un nivel jerárquico de la estructura municipal que les posibilita repartir tareas a través de actos de delegación para la consecución del objetivo funcional: el adecuado cuidado y administración de los bienes de la institución edil colocados en el almacén municipal. Ellos tienen lo que la doctrina especializada –refiriéndose al delito de peculado– denomina «relación funcional por razón de su cargo (entre el sujeto activo y los caudales y/o efectos)»¹⁰³. En ese nivel jerárquico, en el ejercicio del propio ámbito de competencia funcional, los imputados contrataron a unos

¹⁰³ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima 2007, p. 485.

«almaceneros» quienes asumieron por delegación de manera permanente la custodia de los bienes ubicados en el almacén de la municipalidad. Estamos así ante una función delegada, en virtud de lo cual al delegante se le reconoce una confianza normativa en que su delegado hará sus veces, en este caso, custodiar los bienes de la municipalidad. Para quien recibe el encargo de la función delegada, dicho acto incorpora dentro de su ámbito personal la responsabilidad (auto-responsabilidad) de una correcta administración del encargo. Como es evidente, su transgresión activa una responsabilidad penal directa, tal como ocurrió en el presente caso, al haber sido condenados ambos almaceneros por la sustracción de los bienes.

Pero el delegante retiene para sí deberes de supervisión. En base a los elementos de prueba reseñados en la ejecutoria suprema se desprende que el Gerente y el Jefe del Área de Abastecimiento no lesionaron este deber por cuanto la expectativa recaída sobre ellos no fue quebrantada al haber ejercido la supervisión dentro del estándar exigible a sus competencias. En este lugar corresponde resaltar que el deber de supervisión exigible al funcionario público es siempre normativo y nunca psicológico. Esto es, en los contextos donde se cuenta con un Manual de Operaciones y Funciones, con un Reglamento de Operaciones y Funciones, con Directivas, Reglamentos, etc., donde, de manera explícita se regule la supervisión, por ejemplo, mediante la entrega diaria de partes de vigilancia, con el reporte diario, semanal, o mensual, del estado de bienes, etc., esa normatividad será el referente dentro del cual se habrá de encuadrar la medida de lo exigible al funcionario inherente a su deber de supervisión. La reglamentación interna se erige así como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcional. Pero en los ámbitos donde no existan tales regulaciones, lo exigible tiene su marco de referencia normativo en el estándar general. Esto es así porque el funcionario tampoco es un superhombre o una especie de ente tutelar omnipotente que deba estar pendiente de todas y cada una de las acciones desarrolladas por sus subordinados, pues ello no sólo no es materialmente posible, sino que terminaría asfixiando las labores propias al estatus y frustrando los fines comunes al mismo¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. en ese sentido, desde una perspectiva más general referida a la interacción social, JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 19; también, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 153 s.

Sería absurdo, pues, que se exigiera a los funcionarios ubicados en los estratos superiores de una organización jerárquicamente estructurada que ejercieran un absoluto control de las tareas que son de exclusiva incumbencia de sus delegados. El funcionario delegante, por la mera delegación tampoco está obligado a una vigilancia total. Dicho gráficamente: él es de carne y hueso, también tiene derecho a dormir.

En atención a estas consideraciones debe resaltarse que la simple sospecha de incorrección de la conducta del delegado no constituye una limitación para el principio de confianza, sino es necesario que el funcionario competente deba comprobar que el encargo no está siendo llevado a cabo correctamente. Por ello, la solución dada por la Sala Penal Suprema es correcta: «no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos [los almaceneros], pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos), por cuanto [los funcionarios imputados] actuaron en la creencia que el personal a su cargo cumpliría cabalmente las funciones encomendadas, no pudiendo sancionárseles por el actuar negligente de terceros».

b) Segundo paso: ¿Imputación subjetiva imprudente?

Una vez hecha la delimitación de las esferas de competencia funcional, la irrelevancia típica de la conducta en la parte objetiva del tipo en el presente caso es evidente. Hecha esta constatación se torna innecesario el análisis de una posible actuación culposa que fundamente la imputación subjetiva. Sin embargo, a modo de ejercicio, a continuación se aborda este tema, a partir de la imputación realizada contra los actores, para concluir –adelantándonos a la solución final– que tampoco es apreciable una imprudencia reprimible penalmente.

Tal como se expuso antes [Supra § 3.VI.2], la imputación subjetiva a título de culpa o imprudencia presupone que el autor en la situación concreta infringió un deber de cuidado por mediar en él un conocimiento defectuoso de la materia de la imputación. En el presente caso la acusación contra los dos funcionarios ediles como autores de peculado culposo agravado (art. 387 CP) tiene que demostrar que ellos dieron ocasión a que se efectúe por otros la sustracción de los bienes del almacén municipal, radicando la imprudencia, bien en la delegación de la custodia del almacén a los dos almaceneros, o bien

en la representación del riesgo que entraña para la municipalidad en no haber aplicado una vigilancia adecuada sobre los almaceneros contratados.

En la medida que la contratación de los almaceneros fue realizada en ejercicio de las competencias inherentes al cargo de Gerente y Jefe del Área de Abastecimiento, estamos entonces ante comportamientos que no superan los límites del riesgo permitido. Asimismo, en tanto y en cuanto la supervisión ejercida se enmarca dentro del estándar exigible a sus competencias, tampoco es posible identificar en ellos un obrar que se aparte de la juridicidad inherente al cargo. No es posible, en consecuencia, identificar infracción de deber de cuidado alguno. No es reconocible un conocimiento defectuoso en los imputados sobre la situación de riesgo generado por la delegación de competencias sobre los almaceneros contratados. En última instancia, sólo éstos últimos responden por la inadecuada administración del encargo que asumieron.

§ 4
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:
LOS GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

«En un Derecho penal del hecho típico, no toda intromisión en una esfera de organización ajena conduce a la responsabilidad, sino sólo aquellas conductas que constituyen realizaciones típicas»¹.

Ricardo ROBLES PLANAS

I. Intervención delictiva como vinculación entre sujeto y hecho

1. Teorías

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

Establecer con precisión y nitidez los diferentes niveles que componen la doctrina de la autoría y la participación punibles no es, desde luego, tarea exenta de problemas. Se trata de una de las cuestiones más debatidas a lo largo del desarrollo histórico de la Dogmática penal. Ya hace más de un siglo afirmó un conocido penalista alemán, Hermann KANTOROWICZ, que «la teoría de la participación es el capítulo más oscuro y confuso de la Ciencia alemana del Derecho penal»².

¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2003, pp. 177-178.

² KANTOROWICZ, Hermann, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 7º, abril 1910 - marzo 1911, p. 306. Esta frase ha tenido una fuerte resonancia en el entorno del penalismo alemán; da cuenta de ello ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1970, p. 10. También VON WEBER, Hellmut, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Froman, Jena 1935, p. 24, describe de un modo parecido el panorama de la autoría y la participación como el «capítulo sin ninguna esperanza» de solución en la dogmática del Derecho penal.

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

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

- La primera se relaciona con las teorías de la causalidad y postula que no hay propiamente diferencia entre autor y partícipe porque cada uno aporta una condición que es igual o equivalente para el resultado. La distinción no se da en la tipicidad sino en la culpabilidad, que por su parte incide en la determinación de la pena.
- La segunda teoría sostiene que la diferencia entre autor y partícipe se ubica en el ámbito de la tipicidad, pero esa distinción viene posibilitada por la regla general de la Parte General (arts. 23, 24 y 25 CP). Esa distinción de la Parte General es aplicada a los tipos en particular de la Parte Especial. Según el concepto restrictivo, los tipos penales sólo se refieren al autor, y el partícipe tiene cabida sólo en virtud a la regla de la Parte General, que viene a ser una regla penal de extensión.

Por su parte, la llamada *accesoriedad de la participación* constituye una concreción del concepto restrictivo de autor. El partícipe ocupa un lugar accesorio en relación a la figura principal, que es el autor. A propósito de la accesoriedad, pueden hallarse diversas teorías:

- De un lado, nos encontramos con la *accesoriedad mínima*: según esta postura, el partícipe interviene en un hecho del autor que es *típico*, siendo la tipicidad suficiente para fundamentar la responsabilidad del partícipe. Pero puede darse el caso que el autor actúe en legítima defensa y por eso no responde, sin embargo, el partícipe si respondería porque la conducta del autor es típica aunque no es antijurídica.
- De otro lado, puede concurrir la llamada *accesoriedad limitada*: a juicio de esta segunda posición, es partícipe quien participa en el hecho de un autor que actúa *típica y antijurídicamente*. No basta, pues, con que la conducta del autor sea típica, sino que es preciso que alcance la antijuridicidad. Si la conducta

típica del autor resultara justificada (por mediar una causa de justificación como la legítima defensa, entonces el partícipe tampoco respondería, pues su conducta –al ser accesoria respecto a la principal– quedaría también amparada por la justificación que beneficia al autor principal.

- Finalmente existe una *accesoriedad máxima*: según esta postura, para que el partícipe responda penalmente se requiere que el hecho de la figura principal (autor) sea no sólo *típico* o *antijurídico*, sino también *culpable*: aquí, pues, es preciso la presencia de un delito «completo», que es el único que aporta sentido delictivo a la intervención.

Las anteriores construcciones se refieren a la relación que media entre los *diferentes intervinientes* dentro de un mismo delito, pero no explica propiamente *quiénes sean* (y cómo respondan penalmente) tales intervinientes. A ello se han dedicado las teorías de la autoría y la participación, que nosotros –en terminología funcionalista más precisa y adecuada– preferimos llamar *intervención delictiva*³.

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

«El fundamento de la ‘participación’ en el hecho del autor sobre la base de un injusto autónomo –aplicado al delito de colusión–, está en que cada interviniente accede al tipo en la medida que su propia ‘conducta’ suponga una intromisión en la esfera de organización ajena (...), por consiguiente, el fundamento jurídico-penal del partícipe, subyace en el ‘acceso propio’ –existencia de la actividad– a un hecho típico y antijurídico, manifestando así un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable al que lleva a cabo el autor»⁴.

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

³ Cfr. JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2012, pp. 74 ss.

⁴ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 9.2, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 462.

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

- Esta posición doctrinal se vincula con algunas explicaciones causales del delito, por ejemplo, la teoría de la *conditio sine qua non*, desarrolladas en el siglo XIX por el magistrado del Tribunal del Imperio Maximilian VON BURI⁵ y luego asumida por Franz VON LISZT. Según esa doctrina, todas las condiciones son equivalentes para el resultado, por eso lo que importa es el ánimo con que actúe el concreto sujeto.
- La teoría subjetiva de la autoría se hizo dominante en la jurisprudencia de los tribunales alemanes, sobre todo a partir del último tercio del S. XIX, gracias a la enorme influencia que sobre el Derecho penal de la época ejerciera el mencionado penalista VON BURI. Sin embargo, la excesiva subjetivización de los criterios determinantes de la autoría condujo a esta teoría a una crisis que dio lugar a diversas objeciones contra ella⁶. El

⁵ Maximilian VON BURI trabajó como magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896. Este magistrado protagonizó el desarrollo más visible de teoría subjetiva de la autoría y la participación en la jurisprudencia penal, Cfr. al respecto ROXIN, Claus, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung», en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 177-198, 178 ss. Mediante sus monografías y artículos consiguió VON BURI un enorme prestigio e influencia en el pensamiento de su época. Sus aportes cobraron trascendencia particularmente en la discusión sobre la relación de causalidad, donde él siguiendo una línea subjetiva impulsó el desarrollo de la fórmula de la *conditio sine qua non* como herramienta de prueba de la relación de causalidad, cfr. al respecto: VON BURI, Maximilian, *Über die Causalität und deren Verantwortung*, 1873; ID., *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885; sobre autoría y participación, ID., «Ueber Theilnahme am Verbrechen», en GS, N° 22, 1870, pp. 1-53; ID., «Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafrechts», en GS, N° 25, 1873, pp. 237-255; ID., «Über Kausalität und Teilnahme», en ZStW, N° 2, 1882, pp. 232-298; ID., «Bemerkung zum Buche von Professor Dr. Birkmeyer in München Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890», en GS, N° 45, 1891, pp. 1-39.

⁶ La teoría subjetiva ha sido duramente criticada, baste aquí sólo recordar lo anotado por BELING, Ernst, «Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre», en GS, N° 101, 1932, pp. 1-13, 10: para quien «la teoría subjetiva de la participación es simple producto de la fantasía que se aparta categóricamente de la ley y en el resultado la viola con frecuencia».

poco peso del lado objetivo del hecho en la valoración era un dato que cada vez más se hacía visible en el momento de la determinación de la autoría y la participación. Autor sería aquél que considera el hecho como algo conforme a su voluntad y cómplice quien mira el hecho según la voluntad del autor.

El ejemplo paradigmático de la teoría subjetiva vino dado por el caso de la bañera⁷, donde el fundamento de punición del partícipe no dependió de la parte externa (objetiva) de su aportación al hecho, sino de la dependencia interna de su voluntad respecto de la voluntad del autor. En este caso la hermana de una parturienta que acababa de dar a luz a un niño ilegítimo dio muerte al recién nacido ahogándolo en una bañera por «interés» y a pedido de la madre. El Tribunal condenó a la madre como autora, a pesar que ella no movió un solo dedo para la realización del hecho, pero sí había tomado parte en él con la voluntad autónoma propia a la de un autor (*animus auctoris*); mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propias manos al recién nacido porque, a juicio del juzgador, el obrar de ésta estuvo motivado por una voluntad dependiente o subordinada (*animus socii*) a la de la madre.

- Crítica: Este elemento vino a «resolver» el problema del causalismo, en que todas las condiciones son equivalentes. Pero, en cambio, se plantea el problema de la prueba y la constatación de todos los elementos subjetivos, a saber: cómo demostrar en última instancia que el sujeto actúa precisamente con ese ánimo y no cualquier otro.

Por si fuera poco, el Estado no puede inmiscuirse en el ámbito privado de la persona, y si lo hace termina su privacidad, pero termina también la posición del ciudadano como persona en Derecho. Con razón JAKOBS afirmaba a este respecto que «sin su ámbito privado el ciudadano no existe»⁸ y no en vano

⁷ Cfr. RGSt. 74 (sentencia de 19. 02. 1940), pp. 84-86.

⁸ JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 297.

los romanos dieron suma importancia a la garantía *de internis non judicat praetor*, esto es, que «el juez no juzga el fuero interno». Con igual acierto, un ilustre comentarista del Código penal español de 1870, Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, afirma con sobrada contundencia que «la conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer»⁹. Con esto queda claro que el fuero interno no puede constituir objeto de intervención penal, porque el conocimiento en su configuración natural no representa en lo absoluto perturbación social. ¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento ni delinque ni puede ser fundamento de responsabilidad del interviniente: *cogitationis poenam nemo patitur!* Esta declaración constituye a la vez una garantía penal y procesal para el ciudadano, en tanto que, ante la imposibilidad probatoria, no existe un deber de prueba del conocimiento, o ¿alguien puede probar los pensamientos?

Por otro lado, se encuentra la *teoría formal-objetiva*: esta teoría se vincula íntimamente con el concepto de tipo penal (*Tatbestand*), creado en 1906 por el penalista alemán Ernst VON BELING. Para esta concepción, autor es quien realiza el verbo típico de propia mano, y partícipe el que colabora o coopera con aquel. El tipo penal va dirigido, pues, al sujeto activo.

- De tal manera, cuando el tipo penal prescribe «el que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público» (como en el tipo de desobediencia o resistencia a la autoridad del art. 368 CP) o «el funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales» y «el que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales» (delito de nombramiento o aceptación ilegal, art. 381 CP), el tipo se está refiriendo expresamente al autor: al sujeto directamente responsable, que es quien conjuga el verbo típico *motu proprio*. Todo el que esté fuera de ese círculo de sujetos expresamente aludidos en el tipo son «colaboradores», partícipes accesorios de la figura principal.

⁹ Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: modernas bases dogmáticas*, Lima 2004, p. 345.

- Crítica: la presente construcción depende demasiado de los delitos de propia mano y genera problemas para fundamentar tanto la coautoría como la autoría mediata.

Ante el panorama anterior, con una carga subjetiva tan fuerte o con una orientación objetiva meramente formal, no es de extrañar que la construcción en torno a la autoría y la participación dejara insatisfecha a un importante sector doctrinal y condujera a la doctrina a la búsqueda de otros criterios que, tomando en cuenta de alguna manera el dato objetivo del hecho, lograra explicar con mayor corrección la autoría y la participación. Esto dio lugar a la creación de una tercera doctrina: la llamada *teoría del dominio del hecho*, una teoría que toma en cuenta moderadamente tanto lo subjetivo -la voluntad del actuante- como lo objetivo -el aporte exterior al hecho-. Esta tercera postura doctrinal, prevista inicialmente por HEGLER (a quien se debe un sugerente aporte a la doctrina de los elementos subjetivos del injusto¹⁰), escudriñada posteriormente por Hans WELZEL, padre del Finalismo, pero luego sería desarrollada por Claus ROXIN. La teoría del dominio del hecho se ubica, en buena parte, en un punto intermedio constituyendo una síntesis de las dos doctrinas previas (objetiva y subjetiva) y por ello se asemeja en algunos planteamientos de base tanto a las doctrinas causalistas como a doctrinas subjetivistas. La teoría del dominio del hecho se basa en una concepción que gira en torno a la idea del control ejercido sobre la causalidad a nivel de injusto. JESCHECK resaltó que uno de los méritos esenciales de dicha construcción dogmática radica en haber sintetizado tanto elementos de las teorías objetivas como subjetivas¹¹.

Si bien es cierto que fue HEGLER¹² quien en 1915 habló por primera vez del concepto de «dominio del hecho», no obstante el sentido que él le dio en aquel momento poseía un contenido más referido a la culpabilidad del autor; por lo tanto, diferente de lo que hoy

¹⁰ Amplio análisis al respecto en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972, pp. ss.; ID., *Lecciones de teoría del delito*, 3ª ed., Sevilla 2012, pp. 178 s.

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada 2002, p. 501.

¹² Cfr. HEGLER, August, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*, N° 36, 1915, pp. 19-44 y 184-232; ver además ROXIN, *Tatherrschaft und Täterschaft*, pp. 60 ss.

se conoce como dominio del hecho. Fue WELZEL quien, en 1939, en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como criterio determinante del concepto de autor. Según este nuevo entender, el dominio del hecho adquiriría la forma de un elemento general de la autoría donde autor es aquél que se presenta como señor de un hecho: «autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho»¹³. Posteriormente, a lo largo de su vida académica WELZEL se encargó de perfeccionar su teoría del dominio del hecho. En la última edición de su clásico Tratado de Derecho penal precisó: «señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho»¹⁴.

Es importante también destacar el aporte de MAURACH en este punto, porque a él se debe probablemente el estudio más desarrollado del concepto de dominio del hecho: «dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso» y «tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo»¹⁵. Por su parte, a juicio de STRATENWERTH, en el dominio del hecho el autor no se reconoce una voluntad que domine a la propia, pues el sujeto que dispone del dominio del hecho es el señor de los acontecimientos¹⁶. En opinión de MIR PUIG, el dominio del hecho se refiere a un concepto normativo de «pertenencia»¹⁷.

Con todo esto queda claro que el dato de la voluntad de la teoría subjetiva está presente en el dominio del hecho, pero con la

¹³ Cfr. WELZEL, Hans, «Studien zum System des Strafrechts», en ZStW, N° 58, 1939, pp. 491-566, 539.

¹⁴ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 100.

¹⁵ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 627.

¹⁶ STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., Carl Heymanns, Köln et al. 2000, § 12/15.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona 2011, pp. 374 ss.

diferencia de que además en su contenido ocupa un lugar la aportación exterior del ejecutor al hecho: ambos elementos amoldan la idea del autor como dueño y señor del suceso delictivo. De esta manera, el dominio del hecho logró aplacar una vieja aspiración de encontrar un criterio de autoría que cobijara en su seno tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. Por esta razón no es casual que la teoría del dominio del hecho lograra imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días¹⁸, al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho.

En la actualidad, puede decirse que la doctrina del dominio del hecho es la dominante en la literatura especializada. Así, en opinión de JESCHECK, el dominio del hecho se traduce en el concepto de autor por medio de un gobierno sobre la actividad delictiva a través de su aportación objetiva al delito¹⁹. Esta afirmación a pesar de su aparente claridad se adentra en una importante nebulosa al explorarse otra clase de supuestos donde no hay, necesariamente, una intervención directa del autor pero sí existe un dominio del hecho, como ocurre en los supuestos de autoría mediata.

El autor que contribuyó al desarrollo dogmático de la teoría del dominio del hecho en las últimas décadas ROXIN, considera que esta doctrina se manifiesta en diversos niveles:

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

¹⁸ El dominio del hecho cuenta con una recepción casi generalizada en la doctrina alemana; Cfr. sólo en los tiempos recientes, entre otros ROXIN, Claus, *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1993, § 25/7 ss.; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., De Gruyter Recht, Berlin 2006, pp. 655 ss.

¹⁹ JESCHECK, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 702.

realiza *por medio de otro*» el hecho. En la autoría mediata el dominio de la voluntad se manifiesta en una diferente fenomenología.

- Crítica: varios autores han resaltado que el concepto de dominio del hecho no es incontrovertible. En este sentido, considera STRATENWERTH que «tras una consideración más precisa se muestra rápidamente que el concepto de dominio del hecho de ninguna manera es inequívoco» y continúa diciendo que «allí donde varias personas hayan influido en la realización del tipo -y sólo en ese caso es necesario delimitar los correspondientes roles de intervención-, sus aportes al hecho pueden competir entre sí»²⁰. Según el autor citado, en una cadena causal existen distintos grados de dominio. Sin embargo el dominio del hecho permite tener un concepto inicial para los casos de autoría en delitos de propia mano y en el caso de intervención de varios sujetos, para conocer el ámbito que abarca la injerencia del autor ejecutor. Inquiriendo en la esencia misma del dominio del hecho, LESCH advierte que «el injusto penal no se constituye mediante un ataque externo-causal a bienes (objetos) jurídicos, sino mediante un ataque a la vigencia de la norma. La desautorización de una norma es siempre un acto comunicador. Por ello no puede ser el hecho del dominio sobre un ataque exterior-causal a bienes jurídicos un criterio eo ipso determinante de la imputación penal»²¹.

Por su parte, JAKOBS ha alarmado sobre «el ocaso del dominio del hecho»²² y ha abogado por una teoría funcionalista de la

²⁰ STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, cit. § 12/17.

²¹ LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, p. 63.

²² JAKOBS, Günther, «La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación», traducción de Miguel Polaino Navarrete, en *Revista de Derecho Penal. Fundación Cuadernos de la Cátedra* 6, Mario A. VIERA (ed.), Corrientes 2000, pp. 87 ss.; ID., «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», traducción de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.

intervención delictiva. La teoría del dominio del hecho no permite, con la suficiente claridad, distinguir el peso de los aportes de cada uno de los intervinientes, de tal suerte que al final del día existe confusión sobre quién ostenta el dominio del hecho al momento de la comisión del delito, convirtiéndose el dominio del hecho al fin y al cabo en un criterio dogmático más perturbador que beneficioso que, por eso, debe rechazarse²³.

2. Niveles de implicación entre sujeto y hecho

Conforme a la definición hecha por la ley, *autor* es todo aquél que «realiza por sí o por medio de otro el hecho punible» (art. 23 CP). Esta definición condiciona al intérprete la comprobación necesaria del sentido normativo del término *realizar* la conducta o el hecho punible si quiere alcanzar el concepto genuinamente jurídico-penal de autor²⁴. En este sentido la autoría jurídico-penal va a depender únicamente de lo que el interviniente *realiza* en un suceso delictivo, de nada y nadie más. Para tales efectos sólo el hecho propio interesa al Derecho penal, de lo que da cuenta el lúcido apotegma de Richard WAGNER: «pregúntale a tu hecho y él te indicará tu culpabilidad»²⁵.

El análisis de la realización de un hecho con miras a fundamentar una autoría delictiva parte sin embargo por reconocer la existencia de dos grandes modelos de autoría²⁶, a saber: a) autoría mediante *delitos de dominio*, y b) autoría mediante *delitos de infracción de deber*, con base al cual se concretará en sentido normativo el concepto «realizar el hecho punible». La referencia a estos modelos es imprescindible porque

²³ Contundente, POLAINO-ORTS, Miguel, *Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligten rolle*, Tesis de Maestría, Universidad de Bonn, 2004, pp. 48 ss.; ID., «¿Qué es la imputación objetiva?», en POLAINO-ORTS, Miguel / CARO JOHN, José Antonio, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F. 2009, pp. 63 ss.; ID., «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2009, pp. 15 ss.

²⁴ Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 12/2.

²⁵ Frase del compositor Richard WAGNER (Die Walküre, Dritter Aufzug, Dritter Szene, Wotan), que se recoge a modo de epígrafe en el libro de LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. VI.

²⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 21/1.

sólo de esta manera la redacción de la autoría del Código penal, que destaca sobre todo por su fenomenología al establecer sólo unas diferencias de realización del hecho, adquirirá una fuerza normativa fijando en el caso concreto la existencia de una auténtica autoría jurídico-penal. Esto es así porque más allá de la mera distinción fenomenológica entre las distintas posibles formas de autoría, en el plano normativo todas ellas reúnen el mismo significado, lo que reluce en sí misma cuando todas estas formas de intervención son castigadas con la misma penalidad²⁷.

Es un hecho no controvertido que existen tipos penales donde el dominio del hecho no importa para su configuración, sino que su razón de ser radica en la infracción de un deber especial, como ocurre en el caso de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos.

La Corte Suprema de la República se ha pronunciado mediante el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (fundamento N° 9) en ese sentido:

«Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros – denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica "trascendencia"», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, 2000, pp. 359 ss. En este trabajo SÁNCHEZ-VERA demuestra, por ejemplo, que la autoría mediata es equivalente a la autoría directa y que una distinción entre ambas sólo sucede en el plano fenomenológico, p. 384: «existe, en suma, una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, equivalencia que ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa para una u otra forma de autoría (...). La autoría mediata se encuentra ya *per definitionem* contenida en el concepto de autoría»; p. 385: «nos hallamos, pues, ante una verdadera autoría y no ante una simple ficción».

injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra».

La diferencia entre delito de dominio y delito de infracción de deber es resaltada además en otros pronunciamientos de la Corte Suprema:

«Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito [colusión]; que, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de «*neminem laede*» o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional»²⁸.

«Que, al delito de peculado doloso se le define como *el hecho punible*, típicamente funcional, en la medida que solo puede ser considerado autor aquel que cuenta con una específica posición dentro de la Administración Pública; es decir, debe haber una relación «funcional», entre el agente del delito (*funcionario*

²⁸ Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de julio de 2008 (ponente: RODRÍGUEZ TINEO). Considerando sexto. Existe un pronunciamiento similar en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 954-2007-Amazonas, de 07 de marzo de 2008, sobre el delito de peculado: «Este tipo penal es un delito infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público» (considerando tercero).

y/o servidor público) y el objeto material del delito. Esta especial vinculación hace que el agente público se convierta en «garante», de aquellos bienes (*caudales y efectos*), que ingresan a su esfera de custodia, teniendo el deber de actuar con la debida protección, conservación y cuidado de los mismos; por lo que la infracción de dichos deberes, puede dar lugar a la configuración del delito de Peculado, siempre que se acredite la materialización de una conducta, que importe la apropiación y/o utilización indebida, de dichos bienes y que se actúe dolosamente»²⁹.

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

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

Grados de intervención delictiva: esquema

- a) *Autoría directa*: art. 23 CP: «El que realiza por sí» el hecho punible.
- b) *Autoría mediata*: art. 23 CP: el que realiza «por medio de otro» el hecho punible. El instrumento (ejecutor material) será no responsable, porque si lo fuera estaríamos ante un supuesto de coautoría o de instigación. En la relación autor-instrumento-resultado, el instrumento puede ocupar las siguientes posiciones:
 - Cuando el instrumento obra atípicamente: bien por obrar conforme a Derecho o por obrar sin dolo.

²⁹ Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 1359-2012-Ancash, de 12 de noviembre de 2013 (ponente: PARIONA PASTRANA). Considerando tercero.

- Cuando el instrumento obra amparado en una causa de justificación: pensado para los casos en que el instrumento obra coaccionado o en una situación de necesidad que en el caso concreto habilite una causa de justificación.
- Cuando el instrumento obra sin culpabilidad: bien porque se utilizan menores o porque se utilizan sujetos sin libertad, sin capacidad de autodeterminación (inimputables).
- c) *Coautoría*: art. 23 CP: «los que lo cometan conjuntamente».
- d) *Instigación*: art. 24 CP: «El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible». La pena es equiparada normativamente a la del autor.
- e) *Complicidad primaria y secundaria*: art. 25 CP: «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado» y «los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia». En el primer caso (complicidad primaria) se impondrá la misma pena que al coautor; en el segundo (complicidad secundaria), se «disminuirá prudencialmente la pena».
- f) *Actuación en lugar de otro*: art. 27 CP: «El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada». Esta figura proviene de la dogmática alemana, de donde fue transportada a la legislación española en 1983 y posteriormente a la legislación patria.

3. Fundamento de punición del interviniente

Partícipe es aquél que infringe la norma³⁰. Como al Derecho penal no le atañe la función de protección de bienes jurídicos, aquí no se define la participación como la lesión indirecta de bienes jurídicos «en contraposición a la autoría, entendida como lesión directa de bienes jurídicos», lo que es común en la dogmática que defiende la teoría de los bienes jurídicos. Por el contrario, el partícipe es tal porque

³⁰ Por todos JAKOBS, Günther, «Beteiligung», en *FS Lampe*, 2003, p. 565.

con su conducta infringe una norma, es alguien que en relación al autor se encuentra en una idéntica posición frente a la vigencia de la norma, de tal manera que tanto autor como partícipe infringen la norma por igual. Por esta razón, en vez de emplear una terminología diferenciada sería mejor referirnos a ambos sujetos, reunidos bajo un solo concepto, el de «intervinientes». ¿Pero qué significa esto? Porque si no se explica su contenido, esta declaración en sí misma aportaría muy poco.

El punto de partida es el siguiente: los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos penales describen por lo general a un sujeto infractor a quien se le imputa la conducta típica y la doctrina tradicional suele entender comúnmente que la conducta descrita en el tipo penal está referida al comportamiento de un sujeto al que se le conoce como *autor*, mientras que el *partícipe* viene a ser todo aquél que sin estar comprendido por el verbo típico ingresa en el campo de la tipicidad gracias a una extensión del tipo penal en virtud de las reglas de la Parte General. Autor es conforme a aquella comprensión el «personaje central» del suceso típico, mientras que partícipe el «personaje secundario» o, quien en referencia al autor, se encuentra en una relación accesorio³¹. Esta formulación responde a un modelo de intervención delictiva comúnmente conocido como «accesoriedad de la participación», al que incluso una voz representativa de este pensamiento le atribuye un nivel de principio de garantía del Estado de Derecho³².

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

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

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

³¹ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 26/10.

³² Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, cit., 26/34.

realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

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

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

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es *partícipe* aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución»³³.

La mencionada accesoriedad no se compagina con una concepción de la participación basada en el modelo funcional del Derecho penal, en el que se inscriben las presentes consideraciones. Y al subrayar esta idea se hace hincapié que una concepción como la defendida en estas líneas se acopla perfectamente con el programa normativo de los Códigos penales y en nuestro caso con la regulación de la intervención delictiva delineada básicamente en los arts. 23 (autoría), 24 y 25 (participación), 45, 46 y 46-A (individualización y determinación de la pena) del Código penal. Esta afirmación se basa en lo siguiente:

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

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

Esto es así porque los tipos penales aluden generalmente a un sujeto anónimo, comprendido bajo la descripción genérica «*el que*». Así por ejemplo: «*el que... se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno*» (art. 185 CP «delito de hurto»), «*el que... ofenda o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho*» (art. 130 CP «delito de injuria»), «*el que... hace, en todo o en parte, un documento falso*» (art. 427 CP «delito de falsificación de documento privado»), etc. Pero la descripción anónima del actuante en los términos de «*el que*», no tiene por qué coincidir necesariamente con el autor. Los tipos penales de la Parte Especial se refieren más bien a un «sistema de intervención»³⁴, donde pueden converger perfectamente las aportaciones provenientes de una persona individual con las de otras que obran conjuntamente, pero, en todo caso, está referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad para infringir la norma contemplada en el tipo penal³⁵. Cada interviniente, hasta el cómplice más secundario, tiene un «poder de configuración»³⁶ sobre la realización del tipo. De manera que sería conveniente empezar a despejar de nuestras mentes la idea tradicional de que el tipo está referido directamente a un autor por ser el protagonista principal y que el partícipe ingresa en el ámbito de la tipicidad gracias a que la regla extensiva de la Parte General del Código penal así lo permite.

Por lo mismo, en este primer nivel de análisis se postula lo siguiente: no existe una distinción entre autoría y participación, no al menos en el ámbito de la tipicidad, por tanto la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe³⁷.

4. La culpabilidad como presupuesto de la intervención delictiva

La exigencia de que la conducta del interviniente sea culpable sitúa al actuante dentro de un sistema del Derecho penal donde sólo al capaz de culpabilidad se le reconoce una actuación relevante penalmente³⁸. Así los menores de edad y los inimputables psíquicos

³⁴ JAKOBS, «Beteiligung», cit., p. 561.

³⁵ Cfr. por todos LESCH, Heiko, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main et al. 1992, pp. 271 ss., p. 278.

³⁶ JAKOBS, «Beteiligung», cit., p. 562.

³⁷ Cfr. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 278; asimismo CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, p. 78.

³⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en GA, 1996, pp. 253 ss.

están excluidos de la posibilidad de realizar una conducta penalmente relevante, por tanto, si bien sus conductas en algún caso pueden entrecruzarse con la realización de un hecho punible, sus aportaciones no reúnen el sentido jurídico-penal válido que sirve de referencia para la valoración de una intervención delictiva punible. Es decir, no es posible la participación en los hechos llevados a cabo por un menor³⁹. Aunque la doctrina dominante de la participación sí admite la posibilidad de poder participar en el hecho dominado por un menor, cuando se refieren a la accesoriedad limitada, en virtud de la cual basta con que el hecho principal haya sido realizado por una conducta típica y antijurídica⁴⁰.

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

Con un ejemplo de la jurisprudencia peruana⁴¹: dos adultos habían instigado a dos menores de edad a dar muerte a un tercero. El colegiado supremo consideró a los adultos instigadores de la muerte, aunque finalmente les impuso la pena a título de autores, invocándose para semejante procedimiento la regla del art. 24 del Código penal, que equipara el castigo del instigador con la pena que corresponde al autor. Lo decisivo para el juzgador fue que los menores obraron con el dominio del hecho, es decir, fueron los protagonistas principales del derramamiento de sangre, mientras que los adultos al instigar la realización del crimen sólo ocuparon una posición secundaria en los hechos. La aplicación del criterio de la accesoriedad limitada de la

³⁹ Firme al respecto CARO JOHN, José Antonio, «¿Instigación sobre menores de edad? (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N° 3840-97-Ayacucho, de 09 de octubre de 1997)», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 339 ss.

⁴⁰ Por todos STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 12/126 ss.

⁴¹ Cfr. la sentencia en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, tomo I, *Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, Lima 1999, pp. 168-169; así como el comentario de CARO JOHN, «¿Instigación sobre menores de edad? (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N° 3840-97-Ayacucho, de 09 de octubre de 1997)», cit., pp. 335 ss.

participación a este caso condujo a contemplar el hecho principal como típico y antijurídico «dominado por los menores»; pues, sólo así se admitió como posible que otros hayan podido ser partícipes en ese hecho. Se comprueba una vez más que para este criterio de accesoriedad de la participación dio lo mismo que al hecho principal le haya faltado el dato de la culpabilidad.

Esa forma de concebir la participación no puede ser aceptada. Y no porque se reclame también la presencia de una culpabilidad en el hecho principal en el sentido atribuido por los partidarios de la accesoriedad extrema. En realidad sería saludable empezar a abandonar el término *accesoriedad*. O en todo caso, la única terminología que cabría aceptar sería el de una *accesoriedad general*, en el sentido en que cada interviniente «accede» al tipo mediante su propio hecho, esto es, según el sentido latino del término *accedere*⁴², de manera que si cabe hablar de una relación de dependencia, ella no se daría entre un interviniente secundario y otro principal, sino entre cada interviniente y el hecho configurado por el colectivo de aportaciones: «accesoriedad no evoca un concepto secundario, dependiente, sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso»⁴³ al tipo penal.

Lo anterior revela que la exigencia de un comportamiento culpable tiene como trasfondo la distinción necesaria en el Derecho penal de lo que es el mundo del sentido jurídico y el mundo de la naturaleza, o lo que es la sociedad y su entorno⁴⁴. ¿Cómo sería posible admitir que quien obra sin culpabilidad pueda tomar parte en un hecho delictivo, cuando la contravención al orden que plantea el hecho se define previamente con base a criterios valorativos del sentido jurídico, que solamente puede aportarlos la persona imputable? Cada tipo penal recoge una expectativa normativa de comportamiento básico para el funcionamiento del sistema social que al mismo tiempo sólo puede ser defraudada mediante una conducta capaz de desautorizar la vigencia

⁴² Cfr. SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999, p. 172; asimismo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pp. 220 ss.

⁴³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 221.

⁴⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en *ARSP*, 2000, pp. 60 ss.

de la norma; de allí que se le contemple en el Código penal. Siendo más preciso: esas expectativas normativas condicionan que su defraudación sólo pueda ser posible mediante comportamientos capaces para defraudarlas, comportamientos que contradigan la vigencia de la norma por reunir significado comunicativo. Conductas no culpables expresan entonces sólo naturaleza, sucesos naturales sin sentido jurídico. Esto no quiere decir que un ser humano enfermo mental o un menor de edad son sólo naturaleza, sino solamente que, siendo personas, todavía no reúnen la capacidad que el ordenamiento jurídico reconoce y condiciona como motivo para desautorizar la vigencia de una norma. Esto es evidente: un menor puede ser titular de derechos y deberes, pero no tiene la mayoría de edad necesaria para delinquir⁴⁵. Aquí cobra fuerza una declaración de JAKOBS: «así como del sentido no se deriva naturaleza, tampoco de la naturaleza se deriva sentido»⁴⁶.

5. El colectivo típico

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

La conducta culpable adquiere el sentido de una intervención punible por infringir la vigencia de una norma, adaptándose de ese modo a un colectivo típico. La infracción de la norma es el elemento que vincula la obra individual del actuante con el tipo comprendido como colectivo de infracción. Sólo en caso que la conducta sea neutral o socialmente adecuada, permanece fuera de los contornos del colectivo

⁴⁵ Este es el supuesto de situaciones normales. Sin embargo, pueda que el legislador en situaciones excepcionales con base en una política criminal extraña estire los límites de la imputabilidad penal a zonas inferiores a la mayoría de edad, como ocurrió con el «hoy felizmente derogado» Decreto Ley 25564, de 20 de junio de 1992, que en el art. 1, inc. 2, estableció que el menor de 15 años podía ser imputable penalmente, siempre que haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo, haciéndose merecedor por esta vía de sanciones draconianas.

⁴⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», cit., p. 258.

típico, separada del conjunto de intervenciones portadoras de un sentido de infracción. Entonces lo que en común reúne cada aporte dentro del colectivo típico y, constituye el nexo de vinculación típica, es la infracción de la norma⁴⁷.

Pero dentro del colectivo típico cada interviniente es por igual imputable objetivamente⁴⁸. No existe un determinado interviniente que tenga un papel más protagónico que otro de manera que se le pueda llamar «eje central» del suceso. Ni tampoco otro del que se conciba que no domina el hecho y que interviene en una posición «secundaria» en un hecho ajeno dominado por un autor. Por esta razón, no es posible una distinción cualitativa entre autoría y participación ¿Cómo sería posible una diferenciación cualitativa si cada actuante mediante su aportación individual ya cualifica una intervención con relevancia penal, siendo todos los intervinientes competentes respecto de la configuración colectiva del hecho típico? A lo sumo podría establecerse una distinción cuantitativa, pero en función de la envergadura del aporte, o de cuánta objetivización aporta cada intervención para la infracción de la norma. Pero este es un asunto cuyo tratamiento corresponde a un nivel posterior de valoración distinto al de la tipicidad, donde corresponde asignar a cada interviniente la pena como respuesta a su infracción: en el ámbito de la medición de la pena⁴⁹. Significa que el juicio de valoración entre el interviniente individual y la norma sí es cualitativo, pues de esa manera también se tiene la base para que cada interviniente pueda dar cuenta de sus actos de acuerdo a la magnitud de su infracción. Pero entre los intervinientes, la única diferenciación posible es cuantitativa, mas no en el nivel de la tipicidad, sino en el de la medición de la pena.

Lo cualitativo está en la determinación de si el aporte individual pertenece o no a la comunidad delictiva (al tipo). Es decir, es un asunto de la *prohibición de regreso*, como instituto de la imputación objetiva que determina en qué caso una conducta ingresa a formar parte del colectivo típico o, por el contrario, queda fuera del tipo, como parte del riesgo

⁴⁷ JAKOBS, «Beteiligung», cit., p. 565.

⁴⁸ Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003, pp. 78 ss.

⁴⁹ JAKOBS, «Beteiligung», cit., p. 571.

permitido. Por eso, si ha de tratarse de una distinción del título de imputación entre autor y partícipe, ésta sólo cabe hacerla en base a criterios cuantitativos, en función de la envergadura del aporte, y en el marco de la determinación de la pena, donde sí es posible encontrar niveles cuantitativos diferenciados. En este argumento se basa el hecho de que al autor le corresponde por regla general una mayor pena que al partícipe.

6. La posición de deber

Todos los actores sociales ocupan una posición de deber en la sociedad de tal manera que la interacción es posible en la medida en que cada actuante se organiza responsablemente en su posición de deber de acuerdo al mandato general de «no dañar» a los demás en sus derechos, el mismo que se resume en la máxima de HEGEL: «sé persona y respeta a los demás como personas»⁵⁰. El cumplimiento de deberes vincula de un modo general a las personas en una relación jurídica de carácter negativo donde la libertad general de actuación se encuentra asegurada como condición básica para una convivencia pacífica en sociedad⁵¹.

La «posición de deber» no es otra cosa que el «rol social»⁵², que, si bien es una terminología proveniente de la sociología, en el Derecho penal contribuye perfectamente a graficar los contornos de los deberes de la persona en su relación con los demás. La posición de deber se interpreta en el sistema social concreto donde se desarrolla la acción, porque la referencia al ámbito social en particular permite identificar claramente las expectativas normativas que vinculan al titular de la posición de deber con el ámbito social determinado donde su conducta tiene un sentido comunicativo. Por ejemplo, lo que debe o no debe llevar a cabo un procurador público, un fiscal, o un juez, solamente se podrá conocer en el ámbito de la administración de justicia.

En el ámbito social concernido, las expectativas normativas delimitan una pauta de comportamiento a modo de un estándar de

⁵⁰ HEGEL, George Friedrich Wilhelm, *Grundlinien der Philosophie des Rechts - oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin 1821, ed. al cuidado de Eva MOLDENHAUER y Karl Markus MICHEL, 6ª ed., Frankfurt am Main 2000, § 36.

⁵¹ En profundidad SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 67 ss.

⁵² Sobre el concepto de «rol social», cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 1958, 15ª ed., Opladen, 1977, pp. 32 ss.

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

Una característica elemental de los roles es que se sustraen al ser humano en su individualidad, porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a determinados roles sociales. Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, pues comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones individuales, con los que no se puede entablar una comunicación en sociedad. En relación a la individualidad, los roles señalan sólo una parte del ser humano, la conducta mínima válida para posibilitar la interacción social. Por decirlo de alguna manera, el rol es la tarjeta de presentación del individuo que lo habilita como un actor social, como una persona en Derecho. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera de la persona en su rol social, como alcalde, fiscal, congresista, etc., como una expresión de superación de su individualidad. Imaginemos nomás qué pasaría si un fiscal al desempeñar sus funciones tuviera

que aportar todos los datos que comprenden su individualidad. Seguramente fracasaría como actor social en su ámbito laboral, porque, sencillamente la actividad de un fiscal, por estar delimitada por la Ley Orgánica del Ministerio Público –así como por las directivas y los reglamentos de ese sector– funciona de acuerdo a un estándar de conducta y no sobre la base de una mezcolanza de sus deberes de función con los datos de su individualidad, como puede tratarse de su credo religioso, postura política, opción sexual, etc.

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

En consecuencia, quien infringe los deberes pertenecientes a su posición de deber asume una responsabilidad penal. Por el contrario, quien actúa correctamente en el marco de su rol social tiene la garantía de no responder penalmente: su conducta no se aparta de lo habitualmente concebido como neutro o socialmente adecuado, forma parte del riesgo permitido, ubicándose en una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal⁵³.

III. Los delitos de dominio (competencia por organización)

En una básica delimitación dogmática puede distinguirse entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber (o delitos que consisten en la infracción de un deber). La terminología se halla asentada en autores como ROXIN, que han realizado un amplio aporte doctrinal a la teoría de la autoría y la participación. En JAKOBS la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se

⁵³ Cfr. CARO JOHN, José Antonio, «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 83 ss.

explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor⁵⁴. Según este novedoso entender, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.

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

⁵⁴ Elemental en este punto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57; ID., «La competencia por organización en el delito omisivo», pp. 348 ss., 362 s.; ID., *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 ss. Cfr. además los aportes de DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», en GA, 1993, pp. 163-176, 170 ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit. pp. 263 ss.

su estatus significa que en este momento está haciendo un uso arbitrario de su libertad, o está configurando un estado de cosas que el Derecho desaprueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le tenga que atribuir una responsabilidad jurídico-penal. Rige entonces un sinalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias de la administración de esa libertad.

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

IV. Los delitos de infracción de deber (competencia por institución)

1. Origen del concepto

ROXIN⁵⁵ es el penalista que introdujo en el Derecho penal la categoría denominada *delito de infracción de deber* (*Pflichtdelikt*)⁵⁶. Desde su aparición, el delito de infracción de deber ha recorrido un camino escabroso en la discusión moderna en torno a la autoría delictiva. Por esta razón no es difícil observar diversas tomas de postura sobre el delito de infracción de deber, con voces autorizadas lo admiten y otras que levantan reparos contra el mismo. Aunque también debe reconocerse que estas últimas se levantan la mayoría de veces más a causa de la novedad de los planteamientos que suscita el delito de

⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963, pp. 352 ss.; también un nuevo tratamiento en la 7ª ed., 2000, pp. 695 ss. Esta obra posteriormente ha recibido diferentes añadidos de nuevos capítulos al final del libro con los que ROXIN ha querido mantener su pensamiento siempre actual frente al desarrollo de la discusión sobre la autoría, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La séptima –y hasta hoy última– edición del libro se publicó en el año 2000.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona 1999, pp. 41 ss.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Jurista, Lima 2001, pp. 47 ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima 2001, pp. 149-165.

infracción de deber en el debate de nunca acabar que se vive en el ámbito de la autoría delictiva. En todo caso una exposición sobre el papel de la autoría en los delitos de infracción de deber no es posible si antes no se echa una breve ojeada al contexto histórico y a los antecedentes que motivaron el surgimiento de esta nueva categoría.

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho hizo su aparición la categoría denominada «delito de infracción de deber»⁵⁷. Y como era de esperarse, la incursión de este nuevo grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica⁵⁸. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo que caracteriza a la autoría, se hizo inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizás el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente.

Existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo

⁵⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205-226, 211, quien se muestra escéptico de un modo general con el concepto de «lesión de un deber» por considerarlo «no siempre suficientemente preciso».

⁵⁸ Están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros: SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, *passim*; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner*, cit., 7/70, 21/115, 28/15; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., pp. 263 ss., 298 ss.; ID., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 66-70; ID., «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», en *ZStW*, N° 105, 1993, pp. 271-294, 286 ss.; ID., *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 203 ss., 210 ss.

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

conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que –dicho en términos más directos– sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intraneus* puede ser autor. En estos delitos no es la mera calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, «el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no»⁵⁹. Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, art. 395. CP, en la modalidad de cohecho pasivo específico) a pesar de no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

Según el planteamiento de ROXIN, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a *deberes extrapenales* que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho»⁶⁰. ROXIN cita como ejemplos de esta categoría a

⁵⁹ SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 168.

⁶⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 354. Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de ROXIN a partir de la 3ª edición de su monografía sobre la autoría, puesto que en ella ROXIN corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad ROXIN advirtió en que el deber en los delitos imprudentes –deber general de cuidado– se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así cfr. la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo ROXIN en la 7ª ed., p. 697.

los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción. Pero más allá de ello ROXIN no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador⁶¹.

Si bien la categoría del delito de infracción de deber fue descubierta inicialmente por ROXIN hace ya un poco más de cuatro décadas, sin recibir de parte de él posteriormente un desarrollo significativo⁶², la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado a la misma por JAKOBS⁶³ quien, en el marco de un pensamiento funcional normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

⁶¹ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 386.

⁶² En este sentido SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 27 s., resalta que ROXIN no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante, ROXIN ha vuelto a tocar esta problemática, con unas reflexiones breves, y sin reformas de su postura, en *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., § 25/73; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., pp. 695 ss.

⁶³ Cfr. sólo lo más representativo de su concepción, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7/70, 21/115, 28/15; ID., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 ss.; ID., *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, 1998, pp. 55 ss., 67 ss.; ID., *Beteiligung bei Herrschafts delikten und bei Pflichtdelikten*, 1993 (manuscrito), pp. 4 ss.; ID., «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión», trad. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 347-363, 362 s.; ID., «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en NEUMANN/SCHULZ (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, pp. 57-72, 63 ss.; ID., «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en GA, 1996, pp. 253-268, 257 ss.; ID., «¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» trad. Cancio Meliá, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 1, 2000, pp. 151-170, 154 ss.; ID., «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten», en *FS-Roxin*, 2001, pp. 793-810, 798; ID., «Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma» trad. Sánchez-Vera, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 1, 2000, pp. 127-149.

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

- Los primeros se relacionan con el deber negativo general del *neminem laede*: no dañar a nadie, o mejor: no inmiscuirse de manera ilegítima en un ámbito de organización ajeno.
- Los segundos, en cambio, se fundamentan en una institución positivo: en el deber positivo que obliga a un sujeto a conformar un mundo normativo en común con otro sujeto. Estos deberes, a diferencia del grupo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un *estatus especial*. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo saca a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales, y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la relación paterno-filial respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el derecho que le corresponde garantizar. En este sentido, en la lesión del deber radica para JAKOBS el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de ROXIN, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho⁶⁴.

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

⁶⁴ Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 22 ss., 29 ss.

2. Contenido del delito de infracción del deber

Lo primero que se desprende de la explicación antes anotada es que la entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la auctoría obligatoriamente en dos grandes grupos⁶⁵: a) auctoría mediante delitos de dominio, y b) auctoría mediante delitos de infracción de deber.

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como «obligado especial». Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez *-intraneus-* que encarga indebidamente a una de las partes *-extraneus-* la redacción de la sentencia responde jurídico-penalmente como autor del prevaricato a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el *extraneus* tampoco responde como autor⁶⁶, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer, porque sencillamente él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el objeto de bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración *-abstracta-* y no en el nivel del suceso *-fáctico-* del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente⁶⁷.

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, como bien ya puede entreverse de las reflexiones

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la auctoría.

⁶⁶ Aunque puede surgir para él una responsabilidad a título de partícipe porque con su acto de dominio infringe el deber general de «no dañar», puesto de manifiesto a través de su colaboración a la realización de un delito ajeno, cfr. al respecto *infra* 3, nota 89.

⁶⁷ Cfr. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 264.

previas, el delito de dominio se refiere al deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes —*neminem laede*—. Este deber alcanza a todas las personas, sin excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de «no lesionar» a los demás, es decir, de configurar el propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: «cuida de que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona»⁶⁸.

HEGEL aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: «en tanto que cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una *persona*»⁶⁹. Por eso el mandato jurídico general reza: «sé una persona y respeta a los otros como personas»⁷⁰. Este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. PAWLİK lo dice aún en términos más claros: «tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras personas en Derecho»⁷¹. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común. Cada quien, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general.

⁶⁸ JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschafts delikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 2; también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 264, donde señala que el deber en estos delitos se concreta en el sentido de que «todas las personas tienen que mantener su organización (ámbito de competencia) dentro del ordenamiento y evitar determinados efectos no deseados de su organización».

⁶⁹ HEGEL, Friedrich Wilhelm, *Texte zur Philosophischen Propädeutik*, Werke 4, § 4, p. 233.

⁷⁰ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 36.

⁷¹ PAWLİK, Michael, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», en GA, 1995, p. 360.

Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente «no debe» azuzar al animal contra unos transeúntes, sino que «debe» sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes⁷². En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. ¿Cómo ha de cumplir la persona aquél deber jurídico? Esta es una cuestión que sólo a ella atañe, o dicho de otro modo: ¡es su propio asunto! Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente en la infracción del deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes, a lo que HEGEL se refiere con respetar a los demás como personas.

En el caso de los delitos de infracción de deber la fundamentación del deber jurídico se basa estrictamente en instituciones positivas⁷³, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una «institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye»⁷⁴. Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo en su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de un peligro o lesión. Por ejemplo, la relación de padres e hijos obliga a los padres en función de la relación paterno-filial a preocuparse por el cuidado y la seguridad de los bienes de sus hijos. Cuando el padre permite que terceras personas lesionen los bienes de sus hijos, o cuando él mismo los lesiona, con esa actuación destruye aquel mundo en común formado por la

⁷² Ejemplo sugerido por SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 60.

⁷³ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 29/58.

⁷⁴ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 29/57, nota 114.

relación paterno-filial. De este modo se establece para él una responsabilidad por las consecuencias de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente⁷⁵.

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

«[A]simismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes)»⁷⁶.

A JAKOBS se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/2; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 299.

⁷⁶ R.N. N° 4564-2007-Piura, fundamento jurídico N° 3, en *Gaceta penal y procesal penal*, N° 17, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 216.

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

Según esta concepción constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, en el caso de los deberes genuinamente estatales: las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho.

Si bien muchas de estas instituciones se encuentran positivizadas de un modo disperso en las leyes, lo que da lugar a que a menudo los deberes se deduzcan directamente de la ley, ello no es obstáculo para reconocer la legitimidad de una institución como haz fundamental de derechos y obligaciones para el aseguramiento y fomento de las libertades de la persona. MÜSSIG, sobre la base del modelo inicial sugerido por su maestro JAKOBS, y partiendo de una perspectiva que toma en cuenta «las condiciones sociales de la institucionalización del Derecho», propone sistematizar el estudio de las instituciones tomando en cuenta dos clases de condiciones.

Por un lado, las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la «garantía organizada de la seguridad 'exterior' e 'interior'; la que no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder (como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural), sino que es entendida en un sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada del Derecho»⁷⁸. Estas condiciones fijarían al mismo tiempo el mecanismo y la organización para la consolidación del Derecho; de manera que el portador de estas condiciones actúa con ello en el marco de una relación institucional de garantía. Ejemplos de ello son: la policía como garante para la protección frente a los delitos, el juez y las personas puestas al servicio de la administración de justicia o los fiscales como garantes de la persecución penal.

Por otro lado, las condiciones de la existencia personal en Derecho. Estas condiciones han de ser contempladas en dos perspectivas: en primer lugar bajo el criterio generalizado de la «seguridad elemental»;

⁷⁸ MÜSSIG, Bernd, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 2002 (manuscrito), p. 21, con más referencias bibliográficas.

y, de otra parte, según el alcance especial de una «relación diferenciada de cuidado» entre personas, algo así como la socialización primaria.

Ambas perspectivas se unen permitiendo que la persona no sea vista como una muestra abstracta de imputación de competencias de organización, sino que ella sea reconocida en el contexto de su personalidad jurídica: «jurídico-penalmente se muestran las condiciones materiales de la existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presupuestas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente»⁷⁹. En otras palabras, MÜSSIG está pensando en las condiciones relacionadas directamente con la seguridad elemental de la persona en el contexto social de existencia individual. La seguridad de una existencia es lo que condiciona mínimamente para que luego alguien sea reconocido como persona en Derecho. Por ello, para él resulta determinante la protección organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad básica, siendo los peligros más generales las catástrofes naturales, los accidentes graves, las enfermedades peligrosas y los daños contra el medio ambiente. Las personas vinculadas con la prevención frente a estos peligros, así como con los salvamentos ante las desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía. En estos casos la fundamentación de la competencia institucional no se basa en la condición de ser portador de un deber estatal, sino en la de ser portador de una organización que sustituye la protección estatal elemental, como es el caso de los bomberos voluntarios, de las instituciones privadas de sanidad relacionadas con la Iglesia –pero fácticamente públicas–, o las federaciones médicas de guardia organizada⁸⁰.

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

De todo lo anterior se desprende que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan solamente a un deber

⁷⁹ Cfr. MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., p. 22.

⁸⁰ MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., pp. 23 ss.

negativo general de «no dañar», sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón el Derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger. Entre el obligado especial y el bien se crea un «mundo en común» que él debe mantener alejado de cursos dañosos. Veamos con un ejemplo la característica de un deber positivo. Imaginemos que un niño, que se encuentra tomando un baño en la playa, y de pronto llega a ahogarse por falta de auxilio, no obstante haber tenido cerca de él a su padre, este último con plena capacidad de poder prestar auxilio inmediato y sin riesgo propio. Pues bien, en este caso, la inactividad del padre da lugar –de acuerdo al Código penal vigente– a un delito de parricidio por infracción de deber (art. 107), llevado a cabo mediante una omisión, porque él con su inactividad quebranta la configuración de un mundo en común creada entre padre-hijo, es decir, lesiona un deber positivo derivado de la institución patria potestad que en este caso le impone el deber de evitar el ahogamiento de su hijo. El Derecho penal espera del padre, como obligado especial que él es, que cumpla su deber de mantener libre de lesiones el mundo en común creado con su hijo⁸¹. El deber positivo le impone la obligación de actuar aun cuando él no ha producido la lesión del bien, por la misma razón que el médico de guardia tiene el deber de atender al herido a pesar de no haber creado la lesión. Una vez más: el padre responde como autor del delito de parricidio porque él no es visto de un modo general como una persona en Derecho, sino como un obligado especial portador de determinados deberes positivos, en este caso derivados de la institución patria potestad.

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

«Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de 'infracción de deber', lo que

⁸¹ Es sugerente resaltar aquí lo anotado por JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 3: «los padres deben cuidar del hijo incluso aun cuando no lo quieran».

supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción del deber»⁸².

«Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito [colusión]; que, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (...); asimismo, esta exigencia formal –de «funcionario o servidor público»– debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de comisión especial (...), toda vez que su sustento está en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional ‘funcional’ la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros»⁸³.

⁸² Ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 5434-2008-Junín. Considerando cuarto, en *Gaceta penal y procesal penal*, N° 15, Gaceta Jurídica, Lima 2010, p. 112.

⁸³ Ejecutoria suprema recaída en el R.N. N° 636-2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de 01 de julio de 2008. Considerando tercero; existe otra ejecutoria suprema, R.N. N° 1335-2009 (ponente RODRÍGUEZ TINEO) donde se considera al peculado como un delito de infracción de deber «integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional». Considerando tercero.

Una cuestión que no debe quedar al margen es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como «delitos especiales» cuyo centro lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor o de la acción, o bien la forma en que un determinado bien jurídico puede ser lesionado⁸⁴. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia «una confusión de planos, pues mientras la dicotomía 'delitos comunes/delitos especiales' se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía 'delitos de dominio/delitos de infracción de deber' sí recoge una diferenciación material»⁸⁵. Por decirlo con la terminología dominante: en el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico, una relación consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio⁸⁶, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización.

Un ejemplo de delito especiales la apropiación ilícita (art. 190 CP) que sólo puede cometerlo el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso

⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 36; también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 23/25.

⁸⁵ GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., p. 42.

⁸⁶ En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber», cit., p. 151.

son «obligados especiales» en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador, una calidad personal que puede desaparecer en cualquier momento por disposición de cualquiera de las partes.

No ocurre lo mismo si en otro contexto similar es el funcionario público quien se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 CP). Aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional de la que él no se puede sustraer cuando lo desee porque él ya forma parte de un mundo en común donde actúa como portador del deber de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. En este sentido el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Por esta razón los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples «delitos especiales»⁸⁷ porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

Otro aspecto de los delitos de infracción de deber es que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Si bien los

⁸⁷ No obstante, así lo considera ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Grijley, Lima 2000, pp. 65 ss.; en contra GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., pp. 4 ss.

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

3. La autoría en el delito de infracción de deber

Llegamos al punto de la autoría en los delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción del deber institucional, independientemente de cómo él organice su conducta. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio)⁶⁸. Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe⁶⁹. Esto es así porque «el injusto

⁶⁸ Cfr. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 298.

⁶⁹ No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un monto considerablemente superior al precio real porque el alcalde corrupto así se lo ha pedido. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial

jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto»⁹⁰. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, también conocidos como delitos en virtud de una competencia por organización, porque sólo el dominio o la organización puede ser cuantificada y en función de ella determinarse la magnitud del aporte.

Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa⁹¹. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado «el mundo en común» que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección⁹². La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber. Sobre la mentada accesoriedad sólo cabe en todo caso una reflexión en los delitos de dominio o de organización, aunque si bien cada vez con mayores reticencias porque en el plano normativo no es posible establecer una relación de

a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar «*neminem laede*» (pues, sólo son personas), ellos sólo podrían responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo a la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Por esta razón, me parece discutible la regulación del Código penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

⁹⁰ MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., p. 18.

⁹¹ Cfr. JAKOBS, Günther, «El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIA, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, p. 170.

⁹² Cfr. JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschafts delikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 5.

accesoriedad o dependencia de la participación respecto de la autoría, cuestión que reluce con mayor notoriedad en el plano psicologizante o naturalístico.

Por cuanto la accesoriedad de la participación es un elemento extraño a los delitos de infracción de deber, no le falta razón a JAKOBS al afirmar que «más precisa que la denominación 'delitos de infracción de deber' sería la de 'delitos con deber que pasan por alto' la accesoriedad»⁹³.

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

⁹³ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/119.

de vista de la organización, y esto en virtud de las elementales reglas de concurso de delitos.

Un caso que puede resultar todavía más provocador que el anterior, que sirve para graficar de una mejor forma el título de autor como signo distintivo de los delitos de infracción de deber, es el de la intervención omisiva de un obligado especial en un delito cometido activamente por otro obligado especial. Introduciendo una variante en el caso recientemente expuesto: ahora la madre, que odia a su hija de 12 años porque ésta la ha descubierto en el adulterio, al ver cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impasible y sin hacer nada para impedir la violación, aun pudiendo hacerlo. Aquí la madre —lo mismo que el padre— tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (art. 173 CP). En efecto, como la conducta típica está descrita en los términos de «practicar el acto sexual u otro análogo con un menor», el «practicar el acto sexual» no condiciona necesariamente una realización típica mediante acción, por la misma razón de si, en vez de una violación sexual, el caso se trataría de un homicidio (art. 106 CP), cuya descripción típica «matar a otro» tampoco dice nada acerca de si el tipo deba ser realizado mediante una acción o una omisión.

Con su comportamiento omisivo, la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes su hija, es decir, un deber asegurado institucionalmente en virtud de la relación paterno-filial. Cuando el portador de un deber institucional no administra correctamente su ámbito de competencia institucional no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión. Justamente en esto radica precisamente lo anotado al principio de este apartado, en el sentido de que la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma que en se lleve a cabo la conducta lesiva. Lo que quiere decir que la distinción entre acción y omisión sólo expresa el aspecto externo de la conducta, por lo que en el presente caso no hay nada que impida la responsabilidad de la madre como autora de un delito de violación. Ella lesiona un deber especial fundado en la relación paterno-filial que le fija el deber de hacer todo lo necesario y posible para mantener los bienes de su hija protegidos frente al ataque de terceros.

Con esto, queda claro que en los delitos de infracción de deber no existe ninguna diferenciación de las distintas formas de intervención,

ni cualitativa ni cuantitativa. Rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber que defina una posición institucional, realizada mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudiera admitir la posibilidad de una diferenciación, conduce a una responsabilidad por igual y completa: el obligado especial –por lesionar un deber institucional– responde siempre como autor.

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría conocidas como coautoría y autoría mediata⁹⁴.

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

- a) Cuando el policía, a quien se le ha encargado la vigilancia de un delincuente sexual, ante el sufrimiento moral de los padres de la víctima, se pone de acuerdo con el hermano de ésta para darle al detenido la paliza de su vida, tanto el policía como el hermano responderán cada uno como autores individuales por el delito de lesiones; pero, mientras el hermano es autor de un delito de dominio, el policía responde como autor de un delito de infracción de deber. El hermano viola el deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes y el policía lesiona su deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas. No existe coautoría entre ambos autores, a pesar de haberse repartido conjuntamente el trabajo.
- b) En un sentido similar, cuando diferentes obligados especiales cometen el mismo delito, tampoco existe coautoría. Por ejemplo: dos funcionarios que tienen bajo su custodia caudales públicos sistemáticamente disponen del dinero para su provecho personal. Si bien ambos cometen el mismo delito, desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos

⁹⁴ En profundidad sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 147 ss.

responde como autor individual del delito de infracción de deber de peculado (art. 387 CP). Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, en autorías paralelas. Aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones, esta división opera en el plano de la organización —del dominio— que para la lesión de los deberes institucionales es completamente irrelevante. Muy a pesar que la acción ejecutiva pueda haber sido llevada a cabo conjuntamente, *no* existe una lesión común del deber institucional.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio —como aporta ROXIN de manera atinada—: lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata⁹⁵. Que el hombre de delante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. Igualmente cuando tanto el hombre de delante como el hombre de detrás son dos *intranei*. Ejemplos: a) el juez (*intraneus*), que por casualidad está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria influyó sobre la novia del ahora juez para que lo deje, deseando vengarse de aquél, determina a un falsificador de documentos (*extraneus*) para que elabore unas pruebas falsas para condenar sin dificultad al antiguo compañero de estudios; b) la esposa (*extraneus*) que determina a su esposo alcalde (*intraneus*) a apoderarse de los caudales públicos para así poder tomarse unas vacaciones en una playa caribeña; c) el ministro de salud (*intraneus*) que determina al director de un hospital (*intraneus*) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal del hospital. En todos estos supuestos el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor.

Las diferentes modalidades de autoría descritas en el art. 23 CP se refieren sólo a una distinción fenomenológica de los diversos actantes que toman parte en un hecho; una distinción que, en todo

⁹⁵ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 360.

caso, sólo sirve para establecer de forma más clara la posición fáctica del actuante durante la «realización» del hecho en su conjunto. Los términos empleados por las regulaciones de la autoría (el que: «realiza por sí», «por medio de otro», o «conjuntamente») no aportan criterios normativos para la determinación de una genuina autoría jurídico-penal. En el caso del delito de infracción de deber, el deber institucional compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice en una situación típica. El obligado especial en el delito de infracción de deber ha nacido sólo para ser *autor único*, y no autor directo, ni coautor, ni autor mediato, mucho menos partícipe. En este modelo rige el principio de autoría única.

V. ¿Autoría mediata en aparatos organizados de poder?

Una de las problemáticas que, en el seno de la teoría de la autoría y la participación, han despertado un mayor interés en la literatura especializada es, sin duda, la cuestión de la intervención delictiva desde la perspectiva de la criminalidad estatal⁹⁶. A este respecto, ROXIN llamó la atención, ya hace medio siglo, en su escrito de habilitación de 1963, sobre la responsabilidad en los llamados *aparatos organizados de poder*. La relevancia de la cuestión es patente: porque su aplicación puede trasvolarse sin problema alguno a todo tipo de fenómeno de delincuencia organizada, desde la asociación ilícita a complejas formas de bandas armadas o terroristas, pasando por la responsabilidad personal de las personas jurídicas y por la criminalidad compleja en el ámbito de la Administración pública⁹⁷. Ya el propio ROXIN consideró con visión a largo alcance y con intuición jurídica que «(...) un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de criminalidad organizada»⁹⁸.

A partir de las aportaciones de la teoría de los aparatos organizados de poder se ha desarrollado en la dogmática moderna

⁹⁶ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», traducción de Enrique Anarte Borrillo, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / Enrique ANARTE BORRILLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 1999, p. 191.

⁹⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona 2009, p. 395.

⁹⁸ ROXIN, «Problemas de autoría y participación», cit., p. 191.

los criterios de imputación (y dentro de ellos, de intervención delictiva) de los denominados delitos de estatus o de organización, así como de la ya mencionada problemática de la responsabilidad de la persona jurídica. Los delitos de organización (la criminalidad organizada en terminología criminológica) se caracteriza por su estructura compleja y por su carácter esencialmente delictivo: constituyen sistemas especializados en la comisión de delitos donde ya la mera conformación conforma un delito en sí mismo. Por ello, ha señalado POLAINO-ORTS, representan un sistema antisocial que va más allá de la mera agrupación formal de autores individuales⁹⁹. La organización es considerada una entidad aparte, nueva, frente a los entes individuales que le dan vida. Por esta razón, se distingue nítidamente a efectos de imputación de responsabilidad penal, entre las personas físicas que emplean el sistema criminal como herramienta y la organización criminal en sí. Ambas categorías conforman figuras o instituciones diferentes que han de ser tratados de manera diferenciada aunque complementaria. Desde el prisma de la imputación penal, existe una escisión entre la entidad jurídica y los sujetos (miembros) que la integran. Ello no debe confundirse y pensarse que este modelo posibilita la impunidad de cualquiera de los sujetos, sino que permite extender el ámbito de responsabilidad penal a los sistemas de criminalidad organizada. Esta clase de sistemas conforman, en suma, empresas dedicadas al delito.

Uno de los casos de la jurisprudencia nacional que mayor interés han despertado, no sólo desde el punto de vista social y político, sino desde la óptica jurídico-penal, ha sido el Caso del ex-Presidente Alberto Fujimori Fujimori, donde se pone a prueba la responsabilidad de una aparato organizado de poder y de un obligado especial que tiene el deber de garante en relación a los hechos de sus subordinados. La trascendencia de este caso ha traspasado las propias fronteras nacionales, y especialistas de todo el mundo han debatido, incluso por escrito, sobre los extremos más saltantes del presente caso, desde ROXIN a JAKOBS, y desde SCHROEDER a AMBOS, pasando por otros conocidos especialistas¹⁰⁰.

⁹⁹ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, cit. p. 395.

¹⁰⁰ Véase, a este respecto, más adelante, la referencia contenida en la nota al pie N° 111 del presente capítulo.

En relación a los aparatos organizados de poder, construyó ROXIN su renombrada tesis de la autoría mediata: «(...) serán también autores, y precisamente autores mediatos, los que dieron la orden de matar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores»¹⁰¹. En este sentido, concurre una estructura compleja donde conviven mando y subordinados: el primero emite una orden desde la cúpula de poder y los subordinados tienen la obligación de obedecer, por ejemplo, privando de la vida a quienes se les haya indicado imperativamente. En este tipo de casos la doctrina, desde ROXIN para acá, optó por responder que se trata de un caso de autoría mediata.

El caso del que partió ROXIN es el conocido caso Eichman, funcionario del régimen nacional socialista que conminó al exterminio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, la teoría del *autor detrás del autor* (*Täter hinter dem Täter*), planteada por SCHROEDER¹⁰² y por otros autores, ponía sobre la mesa una cuestión de extraordinaria relevancia, a saber: si el hombre de detrás puede actuar como autor mediato y si –y en qué medida– el hombre de delante (ejecutor material) puede actuar como instrumento y al mismo tiempo tener responsabilidad penal como autor¹⁰³. ROXIN acepta tal supuesto, sobre la base de su doctrina sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder¹⁰⁴, o –más concretamente– como *autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder*.

La aplicación para los supuestos de soldados que ejecutaban órdenes de superiores actuando (los soldados) con libertad en cuanto a la decisión de acatar la orden sin que mediara error o coacción en ellos que les permitiera atenuar o disolver su responsabilidad¹⁰⁵ es, por entero, aplicable caso Fujimori y, por extensión, a todos los delitos de organización estructurados sobre la base de una ordenación jerárquica.

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

¹⁰¹ ROXIN, «Problemas de autoría y participación», cit., p. 191.

¹⁰² SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin 1965, *passim*.

¹⁰³ ROXIN, «Problemas de autoría y participación», cit., p. 191.

¹⁰⁴ ROXIN, «Problemas de autoría y participación», cit., p. 192.

¹⁰⁵ MEINI, Iván, *El dominio de la organización en Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú / Palestra, Lima 2008, p. 23.

- Por una parte, porque es realmente difícil imaginar que un sujeto que pertenece, *motu proprio*, a una determinada organización criminal no actúe de acuerdo a los parámetros que justificaron su ingreso, aceptando el programa criminal de la organización en la que se inserta.
- Y por otro porque dogmáticamente es imposible fundamentar una autoría mediata donde el ejecutor material no es instrumento sino sujeto plenamente responsable: porque una de dos: o nos encontramos ante un supuesto de doble responsabilidad (coautoría, instigación, etc.) o nos encontramos ante un caso de autoría mediata. Y si estamos en este segundo supuesto, entonces el ejecutor tiene que ser instrumento mecánico no responsable. Y lo queremos hacer responsable penalmente, entonces no estamos ante un caso de autoría mediata. *Tertium non datur*.

VI. Resumen

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

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

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

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

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

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

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

8. La vieja delimitación dogmática entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber debe abandonarse por la de delitos de competencia por organización y delitos de competencia institucional: los primeros infringen un deber negativo general (*neminem laedere*) y los segundos necesariamente un deber positivo institucional. El caso Fujimori es un supuesto paradigmático de esto último.

VII. Ejercicio de la práctica penal: «Caso Fujimori»

Es generalizado el uso del término «Caso Fujimori» para referirse al proceso penal que se siguió al Ex Presidente por los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro, que concluyó con una condena de 25 años de pena privativa de libertad, impuesta por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, confirmada luego por la Primera Sala Penal Transitoria de la misma Corte¹⁰⁶.

La importancia que reúne este caso para el presente estudio es por la discusión que genera acerca de si el título imputado al Ex

¹⁰⁶ La sentencia fue dictada por la Sala Penal Especial el 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001), y confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 30 de diciembre de 2009 (Exp. 19-2001-09-A.V.).

Presidente –en aplicación de la teoría creada por Claus ROXIN en 1963– de «autor mediato en aparato de poder organizado»¹⁰⁷ es el correcto, o, si, por el contrario, tal como se ha pronunciado con diferentes tonos y matices la doctrina, sería más apropiado la imputación de «coautor»¹⁰⁸, «instigador»¹⁰⁹, o, «autor de un delito de infracción de deber»¹¹⁰. La solución judicial del caso concitó el interés por el debate no solamente en el ámbito nacional, sino el mismo se extendió también a los pronunciamientos de la doctrina penal extranjera, siendo significativo a este respecto los comentarios de la sentencia efectuados por un grupo de penalistas alemanes que se recogen en una edición especial de la «Revista de la Dogmática Internacional del Derecho Penal»¹¹¹.

Una cuestión que reluce de modo indiscutible en la sentencia es la gigantesca labor teórico-dogmática desarrollada por los magistrados en la elaboración de la «autoría mediata en aparato de poder organizado». Sin embargo, como lo acabamos de decir, pese a lo formidablemente del trabajo realizado, debe reconocerse que esta forma de autoría no es la única de posible imputación contra Alberto Fujimori, toda vez que, existen otras, dentro de las cuales resalta la

¹⁰⁷ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963, 8ª ed., 2006, pp. 242 ss.

¹⁰⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «Autoría mediata por dominio de organización. El caso Fujimori», en <http://vmr.firma.com/publicaciones/wp-content/uploads/2012/08/19-Villavicencio-Autoria-Mediata-27-10-111.pdf> (consulta: 30.01.2014).

¹⁰⁹ HERZBERG, Rolf, «Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates», en *ZIS*, 11/2009, pp. 576 ss.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther, «Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori», en *ZIS*, 11/2009, pp. 572 ss.; CARO JOHN, José Antonio, «Alberto Fujimori: autor de un delito de infracción de deber», en *Enfoque-Derecho*, N° 83, abril de 2009, p. 12.

¹¹¹ En el original alemán: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Se trata de una revista electrónica, con una periodicidad mensual, que puede verse en www.zis-online.com. Los comentarios a la sentencia del Caso Fujimori se publicaron en la edición *ZIS*, 11/2009. En ella escriben los profesores alemanes Thomas ROTSCH, Kai AMBOS, Claus ROXIN, Friedrich-Christian SCHROEDER, Günther JAKOBS y Rolf HERZBERG, todos ellos con posturas diferentes sobre el correcto título de imputación que debería recaer sobre Alberto Fujimori. También colaboran en ese número los profesores nacionales Dino Carlos CARO CORIA, Percy GARCÍA CAVERO, Iván MEINI y Raúl PARIONA ARANA. Todos estos trabajos –con la respectiva traducción al español de las contribuciones en alemán– fueron publicados luego en el libro AMBOS, Kai / MEINI, Iván, *La autoría mediata. El Caso Fujimori*, ARA Editores, Lima 2010, 269 pp.

figura del «delito de infracción de deber»¹¹² como la forma de autoría más convincente, contundente y precisa al caso, por tratarse de un «Presidente de la República» portador de un deber institucional.

Esto obliga a explicar de qué manera operaría la imputación de autor de un delito de infracción de deber en el Caso Fujimori. Pero antes de su desarrollo, es obligado hacer un repaso de cómo fue aplicada en la sentencia la autoría mediata en aparato de poder organizado al presente caso.

1. Antecedentes del caso

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema juzgó en un proceso acumulado¹¹³ al Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de asesinato –art. 108.1,3 CP–, secuestro agravado –art. 151.1 CP– y lesiones graves –art. 121 CP–, en virtud de los siguientes hechos:

- a) *Barrios altos*: El 3 de noviembre de 1991, en circunstancias que unos vecinos se encontraban realizando una «pollada» en el Jr. Huanta, del Distrito limeño de Barrios Altos, entre las 10.00 y 11.00 de la noche, un número aproximado de diez a doce agentes de inteligencia militar –miembros del «Grupo Colina»– irrumpieron en el inmueble, premunidos de pistolas y fusiles AKM con silenciador. Los agentes dispararon sin miramiento alguno contra los presentes, ocasionando la muerte de 15 personas e hiriendo gravemente a 4 personas.
- b) *La Cantuta*: El 17 de julio de 1992, alrededor de las 1.30 de la madrugada, el «Grupo Colina» ingresó al «campus» de la Universidad La Cantuta en cuatro camionetas. Los efectivos de dicho grupo secuestraron a 10 personas, compuestas por estudiantes y un profesor. Se los llevaron lejos, para luego ejecutarlos y enterrarlos en una fosa.
- c) *Sótanos del SIE*: El 5 de abril de 1992, en horas de la madrugada, se produjo secuestro del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen, internándosele en los Sótanos del SIE [Servicio de Inteligencia del Ejército]; el secuestro duró 1 día. Asimismo, el 27 de julio

¹¹² Cfr. CARO JOHN, «Alberto Fujimori: autor de un delito de infracción de deber», cit. p. 12.

¹¹³ Exp. A.V. 19-2001.

de 1992, el empresario Samuel Dyer Ampudia fue detenido en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, bajo el pretexto de existir en su contra una requisitoria -falsa- por el delito de terrorismo. Fue llevado igualmente a los Sótanos del SIE, donde permaneció privado de su libertad por varios días.

Los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta estuvieron a cargo del Destacamento Especial de Inteligencia Colina, más conocido por su fórmula abreviada como «Grupo Colina». La forma de operar de este grupo y su vinculación a Alberto Fujimori es descrita en la sentencia del modo siguiente:

«A. Los ejecutores materiales de ambos crímenes fueron los integrantes del denominado «Grupo Colina», del Ejército Peruano -Agentes Especiales de Inteligencia, miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, compuesto por aproximadamente treinta y cinco personas-. Los asesinatos los realizaron selectivamente, bajo la consideración de que las víctimas eran terroristas, incluso para la ejecución de los delitos en el «Caso La Cantuta» contaron con una lista previamente elaborada.

B. Ambos crímenes fueron realizados por un grupo de aniquilamiento especialmente concebido para dicho fin y para otras operaciones especiales de inteligencia. Formaron parte de un plan de violación sistemática de derechos humanos, que tenía como objetivos de gobierno: *i)* asestar golpes frontales en la lucha antisubversiva, *ii)* efectuar ejecuciones extrajudiciales contra presuntos terroristas ante la falta de eficiencia del sistema judicial, y *iii)* servir como instrumento de ataque contra los enemigos políticos del régimen (se cita como ejemplo el caso del dirigente sindical Pedro Huillca Tecse). El poder político, en estas condiciones, fue utilizado para reforzar el sistema de inteligencia, para lo que se diseñó una estructura legal acorde con su política encubierta de violación sistemática de los derechos humanos, y se proveyó al «Grupo

Colina» de los recursos necesarios para el logro de sus fines, a la vez que se garantizó un marco de impunidad y estímulos a sus miembros. El acusado Fujimori recomendó el ascenso y otorgó felicitaciones a los integrantes del Grupo Colina, así como

favoreció la impunidad de los ejecutores materiales mediante una legislación de amnistía, a la vez que impidió la continuación de las investigaciones adelantadas por la Comisión Investigadora del Congreso Constituyente Democrático; intervino para la aprobación de una moción que limitaba las facultades de la citada Comisión y, luego, para la aprobación del dictamen en minoría de carácter exculpatorio, así como para la promulgación de una ley que concretaba la jurisdicción castrense para el conocimiento de esos delitos.

C. En el atentado de La Cantuta no sólo se incrimina el delito de asesinato por alevosía, también el delito de desaparición forzada de personas. En el Atentado de Barrios Altos se destaca la comisión de los delitos de asesinato y lesiones graves.

D. El ex presidente Fujimori no sólo conocía de la existencia del «Grupo Colina» sino que permitía sus acciones –se asumió entonces como datos incriminatorios las declaraciones de algunos miembros de Colina: Barreto Riofano y Bazán Adrianzén, y de los generales del Ejército Peruano Cacho Vargas, Hermoza Ríos, Robles Espinoza y Villanueva Valdivia-. Ejerció el dominio del hecho al tener la facultad y la posibilidad para decidir si se ejecutaban o no esos hechos –ya sea directamente o a través de su asesor Vladimiro Montesinos Torres o, finalmente, por medio del comandante general del Ejército; esto es, la lógica de la *cadena de mando institucional*-. El ex presidente Fujimori tuvo un control anterior, simultáneo y posterior a su ejecución. Dominó el hecho punible al tener bajo su decisión la ejecución o no de los crímenes.»¹¹⁴

2. La autoría mediata de Alberto Fujimori

a) Marco general

La responsabilidad del Ex Presidente por los crímenes del Grupo Colina es analizada en la sentencia tomando como punto de partida la Constitución Política de 1979. En su art. 273, la Constitución establecía que «el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las

¹¹⁴ Sentencia, párrafo 31 (pp. 16-17).

Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales. Dirige el Sistema de Defensa Nacional». En función de este enunciado normativo, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales, por constituir órganos subordinados al Presidente «constitucional» de la República, estaban sometidos al «orden público constitucional», representado por la Constitución Política del Perú y el sistema material de valores que consagra»¹¹⁵.

Pero el atributo de «Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas» – inherente al cargo de Presidente de la República dentro del orden constitucional peruano– no fue para Alberto Fujimori un título meramente decorativo, sino lo ejerció efectivamente como parte de la prioridad de su gobierno de combatir y derrotar al terrorismo. Algunos enunciados expresados por él mismo ilustran esta situación¹¹⁶:

- «no soy un comandante figurativo, sino un comandante de verdad»
- «con decisión y sin debilidades mando a los militares»
- «... se es jefe supremo de las Fuerzas Armadas o se es jefe mediatizado y yo no soy lo segundo»
- «...nadie tiene el derecho a quitarnos lo que es nuestro. Por eso, aquellos que desangran a nuestro país, que matan a los niños y que destruyen aquello que no han construido, para esclavizar el Perú van a ser eliminados, ellos y su veneno. Este es mi compromiso»
- «...como presidente de la República y bajo mi comando directo, no daré ninguna tregua a los terroristas, y garantizo que hasta la culminación de mi mandato, el mismo veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco, esta lucha se hará sin temores, sin treguas, con estrategia y con firmeza».
- «todavía hay unos pequeños reductos en las partes altas, lo conozco y he ordenado su aniquilamiento».

¹¹⁵ Cuestión STC recaída en el Exp. N° 0017-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 50.

¹¹⁶ Sentencia, párrafo 50 (pp. 48-55). Aquí se recoge en extenso una diversidad de declaraciones dadas por Alberto Fujimori en entrevistas, como mensajes a la Nación, discursos en público, entrevistas,

En el ejercicio real de la Jefatura Suprema de las Fuerzas Armadas, Alberto Fujimori asumió la tarea de «i) presidir el Sistema de Defensa Nacional; ii) organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; y, iii) adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado»¹¹⁷. Estas funciones fueron llevadas a cabo por él mediante un sistema organizacional «rígidamente centralizado»¹¹⁸ sometido a su dirección personal, con un poder de mando efectivo sobre las Fuerzas Militares, y con la disposición de que sus órdenes deban ser acatadas.

Las propias declaraciones del Ex Presidente sirven de evidencia para graficar el ejercicio de su poder real frente a las Fuerzas Armadas¹¹⁹:

- «...en el Perú el poder político está por encima del poder militar... quien manda a los militares es, al fin y al cabo, el Presidente de la República... Y yo los mando con decisión y sin debilidades»
- «permítame decir esto, antes, y en otros temas así tan delicados, quien dirige, conduce la estrategia y la operación en todos los detalles soy yo personalmente, lo hago personalmente».
- «la Constitución señala bien claro y la he practicado bajo esa modalidad y el presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas. Qué quiere decir Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas. Manda las Fuerzas Armadas y la manda en una manera vertical. Esa es la relación. La relación no es que las Fuerzas Armadas es un poder paralelo, totalmente absurdo. Esto no se da en el Perú desde el año mil novecientos noventa. Hay un mando del presidente de la República sobre las Fuerzas Armadas».

Con base en estas consideraciones, y en una constelación de pruebas e indicios, la Sala Penal Suprema estimó que el ejercicio real

¹¹⁷ Sentencia, párrafo 213 (p. 214).

¹¹⁸ Sentencia, párrafo 628 (p. 540).

¹¹⁹ Sentencia, párrafo 220 (pp. 219-200).

del poder militar de Alberto Fujimori en la lucha contra el terrorismo incurrió en una manifiesta vulneración del orden constitucional. Y la responsabilidad atribuible debía ser como autor mediato en aparatos de poder organizados.

b) *Presupuestos de la autoría mediata en aparatos de poder organizados*

Fiel a la construcción de ROXIN, la sentencia establece que los presupuestos conceptuales para comprender esta clase de autoría son los siguientes¹²⁰:

- *Presupuestos objetivos:*

El poder de mando, entendido como la «capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato»¹²¹.

La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, que se materializa cuando «la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional»¹²². Además: «Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren

¹²⁰ Sentencia, párrafo 728 (pp. 634-635). En este párrafo sólo se clasifica los presupuestos en objetivos y subjetivos, dejándose su desarrollo a los siguientes párrafos.

¹²¹ Sentencia, párrafo 729 (p. 635).

¹²² Sentencia, párrafo 733 (p. 640).

relevancia internacional. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él»¹²³.

- *Presupuestos subjetivos:*

La fungibilidad del ejecutor directo, que constituye «el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso (...). Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente»¹²⁴.

La elevada disponibilidad del ejecutor directo hacia la realización del hecho, consiste en la «predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa.» (...). «En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común.

¹²³ Sentencia, párrafo 735 (p. 642).

¹²⁴ Sentencia, párrafo 737 (p. 644).

Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado»¹²⁵.

c) *Concreción*

Para la Sala Penal Suprema la autoría mediata del Ex Presidente se dio concretamente por lo siguiente¹²⁶:

«1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de sus estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a

¹²⁵ Sentencia, párrafo 741 (pp. 649-650).

¹²⁶ Sentencia, párrafo 745 (pp. 653-654).

la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretudo en la Capital de la República y zonas aledañas.

4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.

6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

8. Por lo demás, en todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios».

d) *Crítica*

Si cabe resumir los elementos cardinales que sirvieron de base para atribuir la autoría mediata a Alberto Fujimori, éstos son los siguientes: a) En la posición jerárquica de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas presidió el Sistema de Defensa Nacional con un efectivo poder de mando y subordinación de los institutos armados a su autoridad. b) El poder de mando fue ejercido con un completo «dominio» sobre la política antisubversiva, de manera activa mediante la impartición de órdenes, y, de manera omisiva con la ausencia de controles sobre la ejecución efectiva de dicha política, que, como es sabido, incluía técnicas lesivas de los derechos humanos de las personas sobre las que recaía la sospecha de terroristas. c) Cuando salieron a la luz las masacres de Barrios Altos y La Cantuta, hechos que a todas luces habían sido perpetrados por grupos militares, en vez de mostrar un comportamiento proactivo por el esclarecimiento de los hechos, se evidenció más bien un comportamiento «marcadamente obstaculizador»¹²⁷ de corte institucional del Ex Presidente y sus ministros hacia una investigación objetiva. d) Pero no solamente hubo un silencio frente a los gravísimos hechos criminales perpetrados por el Grupo Colina, sino, posteriormente, Fujimori dio una Ley de Amnistía -Ley 26479- permitiendo que parte de los ejecutores materiales de Barrios Altos y La Cantuta salieran libres. Igualmente, otros casos de violación de derechos humanos quedaron archivados de inmediato.

En este escenario, la ordenación de los hechos dentro del título de imputación atribuido al Ex Presidente no es correcta, por lo mismo, la construcción roxiniana de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es dogmáticamente errada. Los denominados

¹²⁷ Sentencia, párrafo 655 (p. 566).

«presupuestos» de la autoría mediata invocados en la sentencia no logran fundamentar propiamente un concepto de autoría que explique de modo convincente porqué el hombre de atrás –o quien ostente el «poder de mando» –, debe responder a título de autor por el hecho ejecutado autónomamente por un tercero, también autor. Estos presupuestos aportan a lo sumo una ordenación de elementos fácticos orientados a construir una forma de autoría mediata, pero no inquieren en los fundamentos jurídicos que sustenten porqué Alberto Fujimori en su condición de Presidente de la República debe responder como autor de los delitos cometidos por otros autores (el Grupo Colina).

Dicho de otro modo: teniéndose presente que en un Derecho penal armónico con el principio de responsabilidad la imputación de responsabilidad penal es por el hecho propio; de los denominados «presupuestos» de la autoría mediata sólo «el poder de mando» reúne una potencia dogmática para explicar la autoría de Alberto Fujimori, mostrándose superfluos los demás conceptos, como son el «apartamiento del derecho», la «fungibilidad de los ejecutores» y la «elevada disposición del ejecutor a la realización del hecho». El poder de mando por sí solo basta para fundamentar la autoría, pero desde una perspectiva normativa –que más abajo se explica como un delito de infracción de deber– en vista que en sí mismo concreta el ámbito de competencia funcional del Ex Presidente. Por esta razón, volviendo a los denominados presupuestos, decir que hubo un apartamiento del derecho de parte suya, es como no decir nada, porque todo acto delictivo encarna un apartamiento del derecho, y no solamente en el campo de la autoría, sino también en el de la complicidad, al igual que en el del dolo y la culpa. La misma suerte corre el concepto de la fungibilidad de los ejecutores que, en vez de constituir, desnaturaliza la autoría mediata: tanto en Barrios Altos como en La Cantuta los ejecutores obraron de manera autónoma, no fungibles ni autómatas. Se aprecia una contradicción de sentido: «si el hombre de adelante es causa responsable de la realización de un injusto, no puede al mismo tiempo ser ‘dominado’ por otro»¹²⁸. Y respecto a la elevada disposición

¹²⁸ ZACZYK, Rainer, «El ‘dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder’ y el BGH», trad. de Alex Van Weezel, en Id., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, p. 342.

de los ejecutores a la realización del hecho, estamos evidentemente ante un concepto gobernado por la pura subjetividad inherente al fuero interno, irrelevante desde todo punto de vista para el Derecho penal mientras no se produzca en el lado objetivo del hecho un comienzo de ejecución del delito.

No es posible trabajar en el Derecho penal con categorías superfluas e imprecisas. Por eso, puede que los denominados «presupuestos» expresen algo por separado, sin embargo, al juntarlos para estructurar la deseada autoría mediata, sólo presentan una fenomenología que no logra superar la objeción hecha de manera incontrovertible por un sector importante de la doctrina nacional, en el sentido que el dominio del hecho en virtud de aparatos de poder colisiona con el principio de responsabilidad¹²⁹, descuidando –a juicio de ZACZYK– la idea central del dominio del hecho: «el apego estricto al tipo del delito y a la unidad fundamental entre la acción típica y el autor responsable de ella»¹³⁰.

Pero, además de estas consideraciones, hay una cuestión de fondo que saca a relucir lo erróneo de aplicar la autoría mediata a casos como el del Ex Presidente basando su responsabilidad en el dominio del hecho que él ejerció a través del denominado dominio de la organización. En el caso de la responsabilidad de los funcionarios públicos, tal como quedó explicado arriba [*Supra* § 4. IV. 2], con mayor razón en el de un Presidente de la República, el fundamento de responsabilidad no se halla en el ámbito del dominio del hecho –o en sentido normativo, en la competencia por organización– porque este concepto alude al quebrantamiento del deber general de naturaleza negativa que demarca los límites de la libertad de actuación (el rol común) del ciudadano dentro de la relación bilateral sinalagmática «libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias». En esta relación, el ciudadano tiene la potestad de ensanchar y recortar su esfera de libertad de actuación con el límite de «no lesionar»

¹²⁹ Así, VILLAVICENCIO TERREROS, «Autoría mediata por dominio de organización», cit. p. 9: «¿cómo podría responder penalmente el intermediario que actúa dentro de un aparato de poder si su actuación es libre?».

¹³⁰ ZACZYK, «El 'dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder'», cit., p. 343.

-neminem laede- el derecho de los demás. Por ello sólo el particular incurre en esta clase de responsabilidad.

En cambio, en el caso del funcionario público, la responsabilidad se basa en una competencia institucional que le impide configurar su segmento personal libremente: su espacio de actuación se restringe al cumplimiento del deber que le viene impuesto por su estatus especial como titular de la función pública. Esto no quiere decir que el funcionario no domine el hecho, sino que en su caso el dominio sólo representa una mera fenomenología (facticidad) de cara a su responsabilidad penal. En la medida que el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas tiene el deber institucional de garantizar la completa juridicidad de todas las actuaciones del Estado, forma parte de su posición de garantía el deber institucional de mantener la lucha antisubversiva dentro de los marcos de la legalidad general en salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. Es indiferente el quantum del dominio que haya podido haber ejercido sobre la política antisubversiva que él personalmente dirigió, porque lo que convierte al funcionario público en autor delictivo es únicamente la lesión de su deber institucional.

El deber institucional es altamente personal, de allí que su portador –ergo, el funcionario público– responda siempre como autor único. No cabe la coautoría, ni la autoría mediata, tampoco la participación (instigación y complicidad) en el comportamiento del titular de una competencia institucional, porque «infracción de deber y accesoriedad no son armonizables»¹³¹. Estos grados de la intervención delictiva operan solamente en el ámbito de los delitos de competencia por organización, donde sí es posible cuantificar la transgresión del deber negativo en función del desempeño defectuoso del rol común.

3. Fujimori: autor de un delito de infracción de deber

Fundamentar la responsabilidad de un alto funcionario sólo en virtud del dominio de su propia organización, en buena cuenta de lo que dominó fácticamente, es desconocer su posición de garante institucional para tratarlo incorrectamente en el marco de la relación

¹³¹ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70.

general Ciudadano-Ciudadano y no de la relación especial Estado-Ciudadano¹³², donde realmente debe recaer la valoración en virtud del estatus especial de representación del Estado frente a los administrados. ¿Acaso no se encontraba el Ex Presidente en una posición de garante institucional sobre los efectivos militares subordinados a su poder de mando? ¿Acaso Fujimori no tenía un «deber de vigilancia» sobre el Sistema de Defensa Nacional colocado bajo su poder de mando a fin que no se convierta en una fuente de peligro para los demás? Por la delicadeza de las operaciones antiterroristas ¿Fujimori no tenía un «deber de protección» que le obligaba impedir delitos? Ante el evidente rompimiento del orden jurídico por parte de sus subordinados, y, en razón de la posición de garante institucional de Jefe de Estado, Fujimori ¿acaso no tenía un «deber de denunciar» a los militares delincuentes como muestra de una adecuación de las actuaciones del Sistema de Defensa Nacional al «orden público constitucional»?

El llamado «dominio de la organización» queda reducido a una mera fenomenología, porque la responsabilidad institucional no depende de cantidades, ni de cuotas de dominio, ni de divisiones de trabajo, ni de reparto de órdenes, sino, de la lesión efectiva del deber personalísimo que engloba el estatus especial. En esto radica la autoría delictiva del Ex Presidente: lesionó su deber de garante institucional, de vigilancia y de protección, sometió el sistema antiterrorista a su voluntad personal, en vez de subordinarlo al orden constitucional. PERDOMO TORRES¹³³ resalta que «el Estado moderno es *garante* del cumplimiento de tareas determinadas, en especial de aquellas que vayan dirigidas a la protección de los ciudadanos ante atentados contra su posición jurídica dentro de la sociedad», lo cual constituye un

¹³² Acerca de lo que implica la relación Estado-Ciudadano como fundamento del deber de garante del funcionario policial de impedir delitos, Cfr. PAWLIK, Michael, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», en *ZStW*, 111 (1999), pp. 338 ss.; sobre la relación Ciudadano-Ciudadano, pp. 344 ss.

¹³³ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, «El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia», en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 245.

«punto de partida de cualquier consideración sobre la tarea estatal». Desde este punto de vista, «el soberano debe garantizar la protección de los ciudadanos para que puedan hacer ejercicio de la libertad precisamente por él garantizada; esto sólo podrá cumplirse, sin embargo, en tanto se garantice un estado social de paz y, a la vez, se den los mecanismos necesarios para la protección jurídico-penal ante la desatención de estos deberes de los órganos estatales. Ante esto, es innegable que los miembros de las fuerzas militares y de policía son garantes por ser representantes del Estado y, en este sentido, por tener el deber de salvaguardar los intereses en lo que tiene que ver con el respeto de los bienes jurídicos de la población, así como en lo concerniente a la estabilidad interior y exterior de la nación»¹³⁴. En definitiva, «los miembros de las fuerzas militares y de policía cumplen el deber de velar por la garantía de los derechos de los ciudadanos», siendo el fundamento jurídico «la posibilidad del desarrollo de la libertad normativa de los ciudadanos, y ésta sólo se dará en la medida en que el Estado, a través de sus representantes, proteja los derechos de aquellos»¹³⁵.

En esta línea de argumentación, PAWLK enfatiza que si «el acto de renuncia fundamental a nuestra existencia para ser ciudadanos radica en que nos sometamos *plenamente* a un ordenamiento jurídico»¹³⁶, dicho acto tiene como contrapartida, para quienes asuman el cargo de administrar la función pública, el deber de garantizar el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico, más no de quebrantarlo, ni convertirlo en una herramienta de vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cuando esto ocurre, se rompe la noción de un Estado de Derecho, y la función pública descende a lo más hondo del estado de naturaleza. En un Estado de Derecho «es de estimar también al delincuente como miembro del Derecho»¹³⁷, por esta razón la lucha contra el terrorismo no justificaba de ninguna manera las ejecuciones extrajudiciales ni las desapariciones forzadas de personas, como las perpetradas por el Grupo Colina. Toda

¹³⁴ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., pp. 245 s.

¹³⁵ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., p. 246.

¹³⁶ PAWLK, «Der Polizeibeamte als Garant», cit., p. 345 (subrayado en el original).

¹³⁷ GRAF ZU DOHNA, citado por PAWLK, «Der Polizeibeamte als Garant», cit., p. 347.

actividad de inteligencia estatal, que incluyó la lucha antisubversiva, se centralizó en el Servicio de Inteligencia Nacional como parte del Sistema de Defensa Nacional bajo el control directo de Vladimiro Montesinos, y éste, bajo las órdenes de Alberto Fujimori a quien rendía cuentas de constantemente. En su estatus especial, el Ex Presidente quebró su deber institucional de fomentar y mantener la estrategia antisubversiva dentro de los marcos de la licitud general. Él lesionó su deber personalísimo de fomentar en el sector público una «cultura funcionarial»¹³⁸ que lleve a un adecuado equilibrio la estrategia antisubversiva y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por eso es irrelevante si él ejerció un dominio sobre la situación fáctica, o si tal dominio fue mediante acción u omisión, o en mayor o menor escala. Los hechos del Grupo Colina también le pertenecen por formar parte de lesión del deber de garante institucional.

En conclusión, la condena de Alberto Fujimori es correcta, lo incorrecto es el título atribuido de autor mediato. Él es autor de un delito de infracción de deber, porque, finalmente –en palabras de JAKOBS– «no es solamente un caso capital de delincuente común, sino de un Estado y jefe de gobierno criminal»¹³⁹.

¹³⁸ HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Editorial Libertarias / Prodhfi, Madrid 1993, p. 748.

¹³⁹ JAKOBS, «Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori», cit., p. 574 (subrayado en el original).

§ 5

IDENTIDAD FUNCIONAL Y DE IMPUTACIÓN

EN LA ACCIÓN Y EN LA OMISIÓN.

EL DEBER DE GARANTE EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL

«Los principios fundamentales de la teoría penal de la posición de garante deben verse por consiguiente, por un lado, en el deber negativo, en la pretensión racional de respetar al otro como persona, esto es, en la prohibición de dañar a otros, y por otro lado, en el deber positivo, en la configuración de un mundo en común con personas determinadas con las cuales se quiere formar una comunidad solidaria»¹.

Jorge Fernando PERDOMO TORRES

I. Preguntas y (posibles) respuestas

Partamos con algunos ejemplos:

1. El policía P1 mira con indiferencia cómo su compañero de patrulla P2 extorsiona a unos transeúntes exigiéndoles dinero indebidamente, y no hace nada para impedirlo².

2. La madre no amamanta (omisión) a su hijo recién nacido y éste muere a consecuencia de ello³. Variante: El padre degüella (acción) a su hijo recién nacido porque éste no lo deja dormir con sus llantos.

3. Dos viandantes observan a un menor sobre la calzada, donde yace desangrándose tras ser atropellado. Uno de los viandantes es el padre del menor; el otro, un tercero ajeno al mismo. Ambos deciden, por separado, marcharse del lugar. Minutos después el menor perece⁴.

¹ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, p. 185.

² Caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema (R.N. N° 2528-99-Lima, de 25 de agosto de 1999), cuyo análisis se realiza más adelante [*Infra* § 5, IX].

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

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª ed., Sevilla 2012, pp. 78 s.

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

- ¿El policía P1 recibe menor pena por el delito de extorsión (art. 200 CP) porque a comparación del policía P2 no ejerció personalmente la violencia requerida por la acción típica sobre las víctimas, habiéndose limitado tan solo a omitir su deber de garante?
- ¿La madre recibe menor pena que el padre (ambos por el delito de parricidio, art. 107 CP), porque ella mató mediante omisión y él activamente?
- ¿Aunque el padre y el tercero viandante realizan la misma conducta (omitir toda ayuda o salvamento al menor en peligro) merecen el mismo tratamiento punitivo?
- ¿Para resolver la situación de los autores omisivos necesitamos equiparar su omisión con una acción?

II. Rol y deber jurídico: las medidas de la responsabilidad penal

De las preguntas que se han planteado se desprende una primera consecuencia principal: el Derecho penal no castiga a un sujeto por lo que hace o no hace, sino por el deber que infringe⁵. Por ello, aunque importantes tratadistas han resaltado que la acción (y la omisión) conforman el fundamento ontológico inexcusable del Derecho penal («es el concepto fundamental de la doctrina del delito», escribe, por ejemplo, JESCHECK⁶), lo cierto es que ese concepto interesa únicamente en lo que tiene de sentido jurídico: como expresión de sentido que

⁵ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin / New York 1991, N° marg. 21/1, 2 ss.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung», en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen 1961, p. 139. En sentido similar, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid 1996, pp. 247 ss., para quien «parece preferible la posición clásica de considerar a la acción o conducta humana como elemento autónomo, que es la base de todos los demás elementos delictivos: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad –en su caso punibilidad–, que califican y caracterizan a aquélla», siendo así además que «la conducta o acción humana es requisito tanto de los delitos comisivos como de los omisivos, por lo que debe examinarse antes de pasar a la división de ambas clases de delitos».

significa negación de la vigencia la norma. Es decir, al Derecho penal no le interesa el mundo de lo fenomenológico (lo ontológico, lo naturalístico) sino el mundo de lo jurídico. Si no fuera así no podría aceptarse, por ejemplo, la existencia de la legítima defensa como causal de justificación (el sujeto que lesiona un bien ajeno sería castigado por ello, al producir una lesión ontológicamente palpable) y el padre que, en el ejemplo anterior, dejara perecer al menor sería castigado con la misma pena que el tercero viandante que realizara idéntica conducta omisiva: desde la perspectiva fáctica, ambos han realizado lo mismo.

Por ello, con perspicacia ha señalado recientemente POLAINO-ORTS⁷ que «desde el punto de vista fáctico, delito y pena son idénticos: ambos consisten en la privación (total o parcial) de un bien», de manera que, por ejemplo, «el delito de robo consiste en un atentado contra el bien «patrimonio», exactamente igual que la pena de multa, y la pena de muerte constituye la privación de una vida ajena, lo mismo que el delito de homicidio», y sin embargo «no obstante esta identidad substancial (meramente fáctica), delito y pena tienen una consideración *normativa* muy diferente: mientras que uno –el delito– es un atentado intolerable contra un derecho fundamental, otra –la pena– es un instrumento imprescindible para la protección de derechos fundamentales del ciudadano o de la Sociedad». Por ello, el mencionado autor explica «esa aparente contradicción» de la manera siguiente: «delito y pena pueden ser substancialmente idénticos desde el punto de vista fáctico, pero eso es absolutamente indiferente desde el punto de vista jurídico; desde esta óptica, delito y pena se diferencian de raíz porque uno atenta contra el concepto de persona y otro lo «salva», lo mantiene «a flote».

Sucede, pues, que las distinciones ontológicas no se corresponden con las distinciones jurídicas. El mundo del Derecho tiene un código diferente cuya relevancia no reside en el *factum* sino en el *responsum*. Esa responsabilidad jurídica se *mide* por un concepto fundamental: el del rol social⁸, fundamental en el mundo del Derecho penal. En función del rol que tenga cada sujeto en concreto, el sujeto tendrá una u otra responsabilidad penal. El rol tiene contenido material un haz de derechos

⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, ARA Editores, Lima 2012, p. 15.

⁸ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2008, *passim*.

y de deberes jurídicos⁹, que marcarán, en caso de infracción, la medida y el *quantum* de la responsabilidad penal. Por ello, el concepto central de la responsabilidad no es el de acción ni el de omisión, sino el de rol.

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

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

El rol jurídico de la persona cumple una triple función en la Dogmática penal¹⁰:

1. En primer término, el rol cumple la función de configurar un ámbito de organización personal, es decir, un ámbito donde la persona es jurídicamente competente.
2. En segundo lugar, el rol da la medida de la propia responsabilidad del sujeto. Ello significa que cada sujeto responde penalmente en la medida en que infringe un deber jurídico, que no es cualquier deber, sino uno que forme parte del propio rol del sujeto.
3. Finalmente, el rol significa el límite de la propia responsabilidad penal de cada cual, pues un sujeto sólo puede responder jurídico-penalmente si infringe un deber propio y en ningún caso si se infringe un deber ajeno.

⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, «¿Qué es la imputación objetiva?» en POLAINO-ORTS, Miguel / CARO JOHN, José Antonio, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México D.F. 2009, pp. 63 ss.; Id., «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Lima 2009, pp. 15 ss.

¹⁰ Así, por ejemplo, recientemente, POLAINO-ORTS, «Derecho penal de la Administración pública: concepto, evolución histórica y contenido», en POLAINO NAVARRETE (dir.) / RANDO CASERMEIRO / POLAINO-ORTS, *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*, Sevilla 2012, p. 19.

Lo expuesto vale o debe valer tanto para la persona física como para la jurídica. Ambos son titulares de derechos y deberes y ambos tienen capacidad de responsabilidad jurídica. Por ello, el argumento principal para la aceptación de la responsabilidad penal de la persona jurídica proviene del propio concepto de persona, que no es un concepto natural ni ontológico sino un concepto jurídico: quien tiene deberes, puede incumplirlos. Y si los incumple, tiene responsabilidad, cuya medida depende del rol que el sujeto cumpla en el caso concreto.

Así, por ejemplo, el presidente de un gobierno regional tiene, en la medida en que es funcionario público, unos concretos derechos y unos determinados deberes, que identifican y caracterizan el rol del titular. Su responsabilidad dependerá de si adecua su comportamiento a su rol o si infringe ese rol, es decir: si cumple sus derechos dentro de lo permitido y si cumple sus deberes: por ejemplo, el de disponer adecuadamente el destino de un canon minero. Si lo hace, contribuye con su comportamiento a que la sociedad funcione. Si no lo hace, infringe un deber jurídico que tiene como consecuencia la depuración de una responsabilidad penal que restaura jurídicamente la infracción del deber.

III. Aspectos fundamentales de los delitos de omisión

1. La omisión como sentido

Desde una perspectiva ontológica tradicional, existe una distinción fáctica evidente entre acción y omisión. En la actualidad esa perspectiva debe abandonarse. La distinción entre acción y omisión es puramente fenomenológica. Desde una posición normativista, la acción y la omisión no se diferencian jurídicamente, lo que cuenta es la expresión de sentido de la conducta. Por ello, a modo de ejemplo, el incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de encender fuego para calentar comida, como a la omisión de apagarlo cuando el excursionista regresa a su casa¹¹.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *Ensayos penales*, Madrid 1999, pp. 257 ss. (también en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo L, fasc. único, 1997, pp. 5 ss.); ID, «Das unechte Unterlassungsdelikt», en *ZStW* (111), 1999, pp. 307 ss.

En la Dogmática de los delitos de omisión se ha experimentado, pues, un proceso de des-ontologización, al que nos referiremos más por lo extenso en el apartado siguiente. Conforme a ese proceso, el deber de garante es común a la acción y la omisión, y la conducta interesa al Derecho penal en tanto supone una expresión de sentido, generando responsabilidad penal en la medida en que impide o perturba el sentido jurídico social que se halla estatuido en la norma penal.

2. Naturaleza del deber jurídico de la omisión: en especial, la posición de garante

Existen dos clases de omisiones punibles: la llamada *omisión propia* y la llamada *omisión impropia*, también conocida por *comisión por omisión*. Ello dependerá, fundamentalmente, de cómo se encuentre tipificada la omisión en el Código penal. Pero en un análisis más detallado se pueden hallar algunas diferencias más. Como ha señalado con precisión POLAINO NAVARRETE «la omisión (y también la acción) penalmente relevante consiste siempre en la infracción de un deber. La única diferencia normativa existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un movimiento corporal y la otra la ausencia de ese movimiento, sino precisamente en el deber jurídico en que en cada caso se infringe. Por ello, las peculiaridades o características esenciales de la omisión pura o propia hemos de encontrarlas en torno a la noción de deber, y concretamente en lo que se refiere a: a) la naturaleza; b) la titularidad y c) el alcance de ese deber»¹².

Ahora bien, el deber que fundamenta la comisión por omisión, esto es, el deber de garante, ha de presentar necesariamente una naturaleza extrapenal (por ejemplo: civil –como es el deber de los padres respecto de los hijos menores– o administrativa –como es deber de los funcionarios respecto de los ámbitos funcionariales a su competencia–), mientras que el deber de la omisión pura es estrictamente penal, como es el que obliga a cualquier sujeto a proveer ayuda o socorro a quien lo demande¹³.

¹² POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de teoría del delito*, cit., p. 77.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, «La omisión impropia», cit., pp. 264 ss. (ADPCP, 1997, pp. 12 ss.).

Así las cosas, las omisiones propias se caracterizan por tener un deber expresamente tipificado en el Código Penal. Así, son ejemplos paradigmáticos el tipo de omisión de socorro (art. 127), la omisión de denuncia (art. 407) y el incumplimiento de funciones (art. 377).

Presupuestos de estas figuras son, en primer término, que ha de tratarse de un deber jurídico positivizado. En segundo lugar, que exista la capacidad de cumplimiento del deber, una capacidad jurídica y psicofísica. Y, finalmente, la existencia de una situación generadora del deber: en la omisión de socorro es, por ejemplo, una situación de necesidad que jurídicamente determina la conveniencia de su existencia. En todo caso, se trata por lo general de deberes comunes (no especiales), de los que son titulares todos los sujetos (y no sujetos especiales) y cuyo alcance en cuanto a la responsabilidad es sensiblemente inferior al alcance de los deberes especiales (de garante).

El reconocimiento de la omisión propia tiene origen histórico en el pensamiento de FEUERBACH, el padre del Derecho penal moderno, que en 1794, contribuyó a la redacción del Código Prusiano y en 1801 redactó la primera obra sistemática de Derecho penal en época moderna. En su opinión, existe una obligación originaria de todos los sujetos de no dañar a nadie en sus derechos, y deben tipificarse obligaciones especiales en la Parte General y construir una cláusula de equivalencia, que será aplicable en los tipos de la Parte Especial. Pero la cláusula de equivalencia únicamente tiene sentido si se parte de una perspectiva ontológica, mas no si se defiende una identidad normativa entre ambas formas de infracción de la norma, de manera que la diferencia entre acción y omisión sea únicamente fenomenológica.

Las omisiones impropias son la expresión de un deber especial no tipificado expresamente en el Código Penal, pero que impone un deber de evitación de una lesión por el contenido del deber jurídico del tipo penal concernido. Generalmente esta omisión se ha explicado mediante la alusión a dos fuentes especiales de garante: la ley y el contrato. Pero esta distinción es excesivamente formalista. Hoy, en cambio, la clasificación se realiza según el contenido del deber. Se trata, pues, de una posición funcional según la cual pueden distinguirse una triple diversidad de deberes jurídicos: deberes de aseguramiento, deberes de salvamento y deberes de asunción, que veremos más adelante.

Los delitos de omisión impropia se refieren, pues, a deberes especiales, y no meramente comunes, de los que son titulares únicamente sujetos diferenciados (sujetos especiales) y su alcance, en lo que hace al *quantum* de la responsabilidad penal, es manifiestamente superior al de los deberes comunes. Por ello, el deber especial es personalísimo, y además no se delega, lo que se delega es la organización de dicho deber, mas no su titularidad. Así, el padre sigue conservando la titularidad del deber de garante respecto de su hijo menor aun cuando ceda su organización puntual y concreta a la niñera durante su obligada ausencia.

El garante es, en todo caso, un obligado especial que queda vinculado de manera particularmente intensa con una concreta situación jurídica. La «posición de garante» no la ocupa, pues, cualquier sujeto sino únicamente determinados sujetos a quienes específicamente se atribuye una determinada cualidad jurídica que le separa y distingue del común de ciudadanos y que vincula y obliga al omitente a una especial salvaguarda jurídica.

La jurisprudencia del Subsistema Anticorrupción es enriquecedora a este respecto al precisar que:

«La propia posición de garante es un rol autónomo con contenido propio; por eso se afirma, haz todo lo que sea necesario para evitar daños en tu esfera de protección»¹⁴.

La expresión «posición de garante» (en alemán: *Garantenstellung*) se debe a NAGLER¹⁵, quien parece que la empleó por primera vez en los finales años 30 del siglo pasado, y desde entonces se ha convertido en un criterio básico y fundamental para distinguir ambas clases de omisión punible¹⁶.

¹⁴ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 07 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 18, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013, p. 472, agrega: «(...) en su posición de garante [el imputado] tuvo el deber de controlar y supervisar el proceso de la AMC N° 54 de acuerdo a ley, en especial, que las empresas postoras sean competentes en brindar un servicio que se vincule al objeto social detallado, lo que no ocurrió en el presente caso con la empresa ganadora, por el contrario no ha garantizado que FONAFE adquiera el motor en mejores condiciones de precio y calidad, infringiendo con su accionar los principios (...) de la Ley de Contrataciones del Estado».

¹⁵ NAGLER, Johannes, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», en *Der Gerichtssaal*, tomo 111, Cuaderno 1/4, Stuttgart 1938, pp. 59 ss.

¹⁶ Entre la ingente literatura, por citar sólo algunas obras claves en la doctrina alemana, BRAMMEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht*, Berlin 1986;

IV. Perspectivas proyectadas de la omisión punible

Desde una perspectiva ontologicista, la omisión tiene menor envergadura jurídica que la acción por no reunir el impulso y la energía exterior reconocible a la acción. En aplicación de estas consideraciones a los ejemplos mencionados al inicio de este capítulo, tanto la madre como el policía P1 se harían acreedores de una condena atenuada porque la madre no imprime fuerza alguna para producir la muerte del recién nacido y porque el policía P1 no violenta con energía a las víctimas. Lo sintomático de esta forma de solución es su parentesco con la regulación actual de la omisión contenida en el Código penal, concretamente en el art. 13, último párrafo, que señala «la pena del omiso podrá ser atenuada». Si bien es cierto que esta atenuación en el Código penal es potestativa, también lo es que con ello se evidencia una estructura conceptual de tratamiento diferenciado de la acción y la omisión basada en el mero naturalismo con repercusión directa sobre la pena.

También de la mano de un pensamiento ontologicista habría que responder afirmativamente a pregunta de que sólo sería posible imputar a los padres y al policía sus respectivos delitos si la omisión llevada a cabo por ellos es convertida a un hacer positivo, porque siendo el parricidio y la extorsión delitos de resultado sólo serían posibles de ser consumados de forma comisiva. Justamente avala este procedimiento la fórmula de conversión de la omisión en una comisión denominada «cláusula de correspondencia»¹⁷ en virtud de la cual el

SANGENSTEDT, Christof, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Frankfurt am Main et al. 1987; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1993; ALBRECHT, Dietlinde, *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Köln et al. 1998.

¹⁷ Sobre la cláusula de correspondencia existen interesantes posiciones en nuestro país con las que –como se verá más adelante en el texto– no concuerdo pero las respeto, por ejemplo, HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte General I*, 3ª ed., Lima 2005, § 17/1931, para quien la exigencia de equiparación resulta conveniente por razones de política criminal; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Lima 2008, p. 449, destacando que la cláusula de correspondencia del Código penal no necesariamente condiciona una comprensión naturalista de la comisión por omisión; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, cit., p. 673, piensa que la equivalencia es jurídica o valorativa y se presenta como un límite a la equivalencia material; MEINI MÉNDEZ, Iván, «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP», en *Anuario de Derecho Penal*, Lima 2003, pp. 423 s., niega una cláusula de correspondencia para la «comisión por omisión», pero sí la acepta para la «no evitación del resultado».

omitente portador de un deber de garante será sancionado si su *omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer* (art. 13, inc. 2 CP). Con esto la omisión impropia sólo podrá ser punible si encuentra un correlato con un hacer positivo.

El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código penal de 2009 propone la eliminación del último párrafo del art. 13 del Código penal referente a la atenuación de la omisión, lo que significa que si se cristaliza esta reforma en una nueva Parte General, a partir de su vigencia la omisión será tratada por igual que la acción desde la óptica de la pena, toda vez que en un plano normativo acción y omisión expresan una unidad de sentido que excluye la posibilidad de un tratamiento punitivo diferenciado. Como respuesta a los casos planteados al principio entonces según el Anteproyecto los padres que matan a su hijo recién nacido deberán concurrir en igualdad de condiciones ante la pena conminada del parricidio, lo mismo que los policías en relación a la pena prevista para la extorsión.

Ahora bien, de modo visible la eliminación de la oración «la pena del omiso podrá ser atenuada» del art. 13 traída por el Anteproyecto se encuadra claramente en la tendencia moderna hacia una desontologización de la omisión acentuada con fuerza sobre todo en la segunda mitad del S. XX fundamentalmente a partir de las obras de Armin KAUFMANN¹⁸ y WELZEL¹⁹ bajo el entendido de la imposibilidad de encontrar una causalidad en la omisión y que sólo en la pura ontología la acción y la omisión se comportaban de modo diferenciado como A y Non-A. Acorde con este pensamiento se diría pues qué sentido tiene seguir hurgando en la ontología detrás del concepto de omisión cuando su contenido está colmado de un deber jurídico de tal forma que hablar de la omisión es hablar tan solo de «una forma típica de prohibir acciones»²⁰. Cabe saludar entonces la aportación del Anteproyecto en este punto.

Sin embargo, ha quedado pendiente como tarea del futuro la supresión de la cláusula de correspondencia que todavía se mantiene en el art. 13, inc. 2 del Anteproyecto con el mismo tenor del Código

¹⁸ Cfr. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, p. 61.

¹⁹ Cfr. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., Berlin 1958, pp. 174 s.

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte General*, Lima 2007, p. 651.

penal vigente. Si somos conscientes que en un plano normativo no existe diferencia alguna entre acción y omisión no hace falta entonces una cláusula de correspondencia. Para qué nos serviría semejante cláusula si finalmente al equiparar la omisión a la acción se ha de concluir fundamentando necesariamente la responsabilidad del agente en el deber de garante²¹. Siendo esto así, para el garante da lo mismo quebrar su deber mediante acción u omisión, siempre que en el caso concreto sea portador de un deber jurídico. Así pues, aplicado a uno de los casos antes mencionados: ¿Qué importa si los padres matan a su hijo recién nacido no dándole de comer (omisión), o degollándolo (acción), cuando desde una perspectiva normativa su deber de garante es quebrantado por igual?

V. La des-ontologización del concepto de omisión

1. Del mero no-hacer hacia la cláusula de correspondencia

Está extendida en la doctrina que acción y omisión aluden a dos formas de manifestación del *comportamiento* del autor en la realización típica de un hecho que sirven de base para la imputación jurídico-penal²². Desde un punto de vista científico-natural la omisión no causa nada (*ex nihilo, nihil fit*)²³, pues se caracteriza por la ausencia de energía, o de inactividad, mientras que en la acción sí es reconocible una aplicación de energía sobre un objeto en el mundo exterior capaz de producir un determinado resultado²⁴. Pero esta distinción, acontecida

²¹ Cfr. NK-StGB-WOHLERS § 13, N° marg. 19.

²² Sobre la acción y omisión como «formas de la conducta humana», cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona 1986, pp. 127 s.; asimismo STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4ª ed., trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires 2005, p. 113.

²³ Cfr. BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Tesis Doctoral de la Universidad de Frankfurt, 1957, p. 25: «en un sentido naturalístico la omisión no es causal».

²⁴ Esta diferenciación naturalista de acción y omisión se vincula al principio *ex nihilo, nihil fit*, de que la nada no puede causar nada, que condicionó a su vez el interés de la bibliografía alemana de la mitad del S. XIX en torno a la discusión sobre causalidad de la omisión obligándola a demostrar que en la omisión también existe una «causa efficiens» en el sentido de una fuerza generadora de un resultado. Sin embargo, tras muchos esfuerzos vanos se impuso el entendimiento de que la causalidad no constituye una cuestión decisiva de la omisión; cfr. al respecto JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND,

propiamente en el naturalismo, no tiene el mismo significado en un plano normativo, porque como *conducta* penalmente relevante da lo mismo la manera en que la acción y la omisión se presenten en su fenomenología, siendo determinante sólo la expresión de una unidad de sentido jurídico-penal que comunica el comportamiento en un contexto social concreto²⁵. Así por ejemplo: «el incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regrese a su casa»²⁶.

En lo que la teoría de la imputación registra sobre uno de los antecedentes más lejanos en el tratamiento de la acción y la omisión, se tiene gráficamente que la herida remite directamente a quien la ha causado (acción), mientras que la no-causación de la misma (omisión) es entendida del modo más ontológico posible como un mero no-hacer. Esta es una de las razones de porqué la omisión debía ser sancionada de una forma atenuada, que en el pensamiento de los penalistas italianos de la época de los glosadores hasta FARINACIUS, seguido por KARPZOV y BEYER, era de lo más lógico, aunque sin embargo para el penalista BÖHMER al menos en el homicidio –esto es, en los delitos de sangre– la acción y la omisión debían recibir la misma penalidad²⁷. Este modo de ver la omisión como un no-hacer hizo que la misma desempeñara durante siglos un papel periférico en la teoría de la imputación²⁸.

Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin 1996, § 58, I, 2; considera infructuosa la discusión en torno a la causalidad de la omisión V. LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlin / Leipzig 1919, p. 127; asimismo HARTMANN, Erich, *Das Kausal problema mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs*, Breslau 1900, p. 77: «en los delitos omisivos el resultado y la causalidad no juegan ningún papel»; con más referencias, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Id.*, *Ensayos penales*, Madrid 1999, p. 196; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires 2006, p. 122.

²⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, p. 13; asimismo REYES ALVARADO, Yesid, «El concepto de imputación objetiva», en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, N° 1, Bogotá 2002, pp. 27 ss.

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», cit., p. 199.

²⁷ Con mayores referencias sobre la cuestión histórica, v. LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 128.

²⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá 1996, p. 8.

Sin embargo, la forma tan naturalista de concebir la omisión cambió con el viento liberal de las modernas codificaciones iniciadas a fines del S. XVIII con el entendido que el Derecho penal debía contribuir a asegurar las condiciones del mundo burgués. El giro se dio con la creación de la Parte General del Derecho General Prusiano de 1794 que en un precepto sobre las omisiones estableció «también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste un delito» (§ 8 II 20). La idea central radicaba en reconocer a la omisión un sentido de relevancia penal unido a una ley que expresamente regulara un deber de actuar, por cuyo incumplimiento (por su omisión) el autor debía responder. Junto al precepto indicado de la Parte General se acompañó una casuística en la Parte Especial donde se regulaban explícitamente las omisiones declaradas como punibles, por ejemplo: la omisión de vigilar negligentemente de los servidores del Estado respecto de sus subordinados (§ 344 II 20), las injurias por omisión (§ 583 II 20), la omisión de salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente, etc. Pero la casuística de la Parte Especial expresamente tipificada no respondió en realidad a un pensamiento sistemático, sino relucía por su desorden. Entre otras omisiones tipificadas destacó especialmente una tomada posteriormente como ejemplo paradigmático por la dogmática contemporánea del delito de omisión impropia: «Si una parturienta dolosamente deja desangrar a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo» (§ 967 II 20)²⁹.

No cabe duda que en este escenario uno de los máximos logros alcanzados por la codificación liberal en el ámbito del Derecho penal fue el confinamiento de una forma de concebir la omisión como un mero no-hacer, siendo necesario para ello, según dicho codificador, reconocer expresamente en el Código penal la obligación de actuar de los autores a fin de evitar un resultado lesivo para los derechos de los demás. No obstante ello —reiteramos: a pesar de significar un paso importante para abandonar el naturalismo impregnado en el concepto de omisión—, dicha reforma penal no pudo evitar de todos modos la insalvable dificultad de su huérfana sistemática, porque el tratamiento

²⁹ Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 10 s.

de la omisión venía a depender al fin y al cabo de la casuística de la Parte Especial. Un problema central que la omisión tipificada no pudo evitar fue la distinción de lo que hoy conocemos precisamente como omisión propia y comisión por omisión (denominada también omisión impropia). Si, por ejemplo, los deberes tanto de socorrer a quien está en peligro, como el deber de la madre respecto de su propio hijo recién nacido de amamantarlo para que no muera, estaban igualmente tipificados, no se disponía de un criterio sistemático delimitador de los ámbitos y grados de responsabilidad de ambas omisiones. Que la omisión de la madre resultara más reprobable que la de quien omite el socorro, era una cuestión que resultaba únicamente de la diferenciación cuantitativa de la pena que el legislador había explicitado para uno u otro caso en la Parte Especial.

Para superar estas dificultades de tratamiento de la omisión en el Código penal, a comienzos del S. XIX se concibió la idea que en el Código penal regía por igual para todos una «obligación originaria del ciudadano»³⁰ que impone el deber de no infringir la prohibición normativa de manera activa. Pero más allá del deber de no revelarse contra el Derecho de manera activa, si cabía hablar de un deber de evitar daños, o de vulnerar el Derecho de manera omisiva, esto no podía fundamentarse en la «obligación originaria», sino en un «fundamento jurídico especial» como pueden ser la ley y el contrato³¹. De este modo se llegaba a la conclusión siguiente: el delito de omisión de socorro claramente podía ser cometido sólo de manera omisiva porque la ley expresamente así lo tipificaba (esto es lo que hoy conocemos como «delitos omisión propia»). Pero, por ejemplo, la enfermera que dejaba morir a su paciente al no darle la medicina, respondía penalmente como autora del delito de homicidio por quebrantar un contrato, aunque más que ello -y de allí precisamente «fundamento jurídico especial»-, por lesionar su deber de garante.

³⁰ El pensador que dio origen a esta nueva comprensión de la omisión fue FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11ª ed., 1832, § 32. Véase al respecto, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 14 ss.; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá 2001, pp. 20 ss.

³¹ Cfr. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, cit., p. 22.

Con esto irrumpe con fuerza el concepto del *deber de garante*³² como elemento central de los delitos de omisión impropia. La consecuencia directa está en que no hace falta tipificar todas las omisiones de manera casuística en la Parte Especial del Código penal, salvo la exclusiva tipificación de los delitos de omisión propia. Y para diferenciar acción y omisión se entendió que los tipos penales estaban configurados por lo general de manera comisiva, pudiendo llegarse a construir dentro de la propia tipicidad comisiva una omisión. Este es el caso precisamente de los denominados delitos de *omisión impropia* que no requieren de una regulación concreta en los tipos de la Parte Especial en razón que su tipicidad resulta de toda conducta lesionadora de un Derecho amparado en un «fundamento jurídico especial» (deber de garante).

Esta construcción se asomaba como una omisión equivalente a la acción llevada a cabo por el portador de un deber de garante que posteriormente en la mitad del S. XX dio lugar a la formulación de una «cláusula de correspondencia»³³ con base en la cual la omisión venía a equipararse a la acción en la medida que el tipo penal esté configurado mediante un deber de evitar un resultado realizable de modo comisivo. Como hemos dicho, esta cláusula de correspondencia está regulada en el Código penal vigente —lo mismo que en el Anteproyecto— en el 2do. párrafo del art. 13 con el siguiente tenor: «El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: (...) 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer».

³² Véase por todos BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Madrid 1997, pp. 395 ss.

³³ La «cláusula de correspondencia», aunque al principio como «cláusula de equivalencia», fue propuesta por primera vez en el Derecho penal alemán por GALLAS en el marco de la segunda sesión de discusión parlamentaria del Proyecto de Reforma de la Parte General del Código penal de 1959 bajo el entendido que la lesión de un deber de garante es equiparable sólo a una realización activa. Su propuesta de redacción fue la siguiente: «§ 14. Comisión por omisión. (1) Quien omite evitar un resultado típico sólo será penado como autor o partícipe cuando tenga el deber jurídico de responder porque el resultado no se produzca, y su conducta bajo la consideración de las especiales circunstancias y de los elementos de la acción equivalga típicamente a la comisión mediante un hacer. [...]». (traducción libre). Sobre estas cuestiones, al detalle NITZE, Paul, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen* (§ 13 StGB), Berlin 1999, pp. 23 ss., p. 190.

2. La innecesariedad de una cláusula de correspondencia

En el contexto de una comprensión ontologicista de las categorías dogmáticas, la imputación de responsabilidad en los delitos de resultado se basa en la causación de un resultado y hablar de causación de un resultado presupone el ejercicio de una fuerza o de la plasmación de una energía conducente a la lesión de un bien jurídico. Cuando la reflexión es hecha de este modo, es inevitable admitir que la determinación de la relevancia penal de una conducta lleva implícita la comprobación de la «causación», o de un «hacer positivo» (por emplear una terminología con menos carga ontologicista, aunque en el fondo se trate de lo mismo). Lo cierto es que a pesar de estar superada la problemática de la causalidad de la omisión, esta forma ontologicista de tratar la responsabilidad todavía se mantiene en la estructura de la omisión impropia mediante la cláusula de correspondencia. Para el pensamiento ontologicista sólo así puede imputarse una responsabilidad por un delito contra quien siendo garante omitió evitar un «hacer positivo». Es decir, la madre que deja a sus tres hijos encerrados en su vivienda sin calefacción ocasionando de ese modo la muerte del último de ellos de apenas diez meses de edad³⁴ debe responder por dicha muerte porque su omisión es equiparable a una causación o hacer positivo (encender la calefacción) que de haberlo practicado le hubiese ahorrado la responsabilidad penal. La lesión del deber de garante depende así de la creencia que sólo se quebranta la protección segura de los bienes jurídicos mediante un hacer positivo: la persona es garante de que el resultado naturalístico no se produzca.

En el estado actual de la discusión la cláusula de correspondencia ha obtenido un escaso significado práctico³⁵. Esto ocurre porque la invocación de dicha cláusula se convierte en infructuosa cuando

³⁴ Caso de la jurisprudencia alemana, Cfr. BGHSt. 21 (sentencia de 24.02.1966), pp. 44 ss.

³⁵ Es el diagnóstico de ROXIN, Claus, «Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen», en *FS Lüderssen*, Baden-Baden 2002, p. 578, acotando que hasta la fecha sólo existe una sentencia del Tribunal Federal Supremo que se refiere expresamente a la cláusula de correspondencia. Esta es la sentencia del 20.07.1995 (NJW, 1995, pp. 3194 s.) que condenó a una madre como autora del delito de homicidio culposo por omisión por no haber llevado pronto al médico a su hijo de cinco años después de haber quedado gravemente herido a causa de unos golpes brutales en los intestinos propinados por su padrastro.

teniéndose al deber de garante preconfigurado dalo mismo si es infringido por omisión o mediante un hacer positivo. La cláusula de correspondencia entonces no es más que una «mera retórica»³⁶ al igual que la terminología de una «comisión por omisión»³⁷. El castigo de un delito llevado a cabo mediante una omisión puede acaecer perfectamente aun en el supuesto de no existir la cláusula de correspondencia del art. 13 siempre que el «impedir la realización del hecho punible» forme parte del mundo de los deberes jurídicos que el agente debía cumplir en un contexto social concreto. La cláusula de correspondencias obra, no responde a una sistemática que explique claramente cuál es el significado de un comportamiento en su relevancia penal³⁸. En una perspectiva normativa de la teoría de la imputación jurídico-penal no solamente el concepto de acción, sino todos los conceptos dogmáticos, son interpretados a partir de un *modelo de deber* jurídico-penal y no basados en la manifestación externa de la acción ni en la transformación que ocasiona en el mundo de la naturaleza. Los conceptos de acción y de omisión son diferenciables por tanto sólo en su naturalismo, pero en un nivel normativo encierran una *unidad* de expresión de sentido construida desde el Derecho penal³⁹ como una conducta cuyo significado de relevancia penal depende de su posición jurídica en el contexto social como expresión de un sentido de defraudación de la vigencia de la norma, o de la lesión de un derecho.

La cuestión pendiente por aclarar es cómo quedaría la dogmática de los delitos de omisión si se llegara a suprimir la cláusula de correspondencia o de equivalencia del Código penal. A mi juicio dicha dogmática quedaría en el lugar donde le correspondería estar, con un concepto de omisión perteneciente a un sistema normativo donde se reconoce que todos los conceptos jurídico-penales son adscripciones o imputaciones de significados socialmente relevantes, distantes por

³⁶ BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Bielefeld 1977, p. 249.

³⁷ Cfr. NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel*, cit., p. 107.

³⁸ De similar opinión es NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel*, cit., p. 110, resaltando que al procedimiento de equiparación de una omisión con la acción mediante la cláusula de correspondencia le falta una sistemática provista de valoración normativa.

³⁹ Cfr. REY SANFIZ, Luis Carlos, «Observación naturalista del Derecho penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 6 (2005), pp. 409 s., y *passim*; asimismo GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Lima 2007, p. 307.

completo de meras descripciones de causaciones de resultados. Como hasta nuestros días sobrevive de alguna manera la creencia que los tipos penales de la Parte Especial están contruidos como descripciones de causaciones comisivas, en este esquema de pensamiento se tienen que inventar dogmas como la cláusula de equivalencia o cláusula de correspondencia, creando al mismo tiempo la necesidad de su empleo para conseguir elevar la omisión al mismo nivel de la comisión en el plano normativo. Sin embargo, si el art. 13 del Anteproyecto y del Código penal vigente mantuviera en su tenor solamente el primer párrafo y primer inciso (quedando de este modo: «*el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo*») se ganaría una claridad y sistemática acorde con lo que realmente interesa detrás de la redacción: la regulación del *deber de garante*. Ahora, si todos estamos de acuerdo en que la única razón de existir del art. 13 es para regular el deber de garante –un objetivo alcanzado con la redacción acabada de anotar–, que por ser un concepto eminentemente normativo puede ser infringido en idéntica forma mediante comisión u omisión, ¿para qué conservar entonces la cláusula de correspondencia?

VI. La identidad normativa de acción y omisión

1. La no distinción entre acción y omisión

Lo recientemente afirmado fija el punto de partida en el tratamiento de la conducta que lleva a cabo la teoría de la imputación jurídico-penal: acción y omisión no son más que dos formas de manifestación externa de la conducta que tienen en común el generar un sentido penalmente relevante para la imputación penal⁴⁰. En este contexto, el intento más logrado de explicar la omisión como un concepto normativo se muestra claramente en el ejemplo de los delitos de omisión impropia, donde cada tipo penal de la Parte Especial, no obstante poder estar redactado en el sentido de una acción comisiva, también puede englobar en su estructura al delito omisivo, en la medida que se compruebe en la situación concreta que el hecho está tipificado y que el autor es portador de un deber de garante al cual lesiona con su omisión.

⁴⁰ Cfr. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante*, cit., p. 83.

Pero esta forma de ver la conducta penalmente relevante en sus manifestaciones mediante acción y omisión, si bien es correcta de una parte por fijar la relevancia penal de la omisión desde un punto de vista normativo mediante el concepto del deber de garante, se muestra de otra parte limitada cuando se constata que nada impide poder considerar que la *posición de garante es un elemento común de los delitos de comisión y de omisión*⁴¹. Esto significa que si cabe hacer una distinción entre acción y omisión ello sólo es posible al fin de cuentas sólo en el plano fenomenológico, mas no en el ámbito de lo penalmente relevante, o sea, en el mundo del sentido normativo, donde los conceptos de acción y omisión responden a una unidad estructural homogénea: por lo mismo, «la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto sustancial»⁴².

Por tanto, lo único a tomar en cuenta es «el sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el Derecho penal»⁴³, donde dicha relevancia no es otra que la defraudación de determinadas expectativas normativas referidas al ámbito personal de libertad del agente e igualmente comportamientos socialmente inadecuados que lesionan el derecho de los demás. Cómo ha de acaecer la forma de comportamiento defraudador de expectativas normativas es indiferente siempre y cuando en el caso concreto se identifique el deber que su portador estaba obligado a cumplir. En esto radica el fundamento de la imputación jurídico-penal, que la persona responda penalmente por hacer un mal uso de la libertad de organización reconocida por el Derecho. Se funda así válidamente el sinalagma *libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias* de la incorrecta administración de esa libertad⁴⁴. En este sinalagma se asienta en resumidas cuentas la responsabilidad jurídico-penal: se es responsable penalmente por el significado que comunica la conducta como lesión de un derecho ajeno o como infracción del deber de administrar correctamente un ámbito de organización personal (un deber de garante), con independencia de si

⁴¹ Cfr. al respecto BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 400; PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, cit., pp. 481 ss.

⁴² Así, JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal*, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000, p. 20.

⁴³ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, cit., § 17/1915.

⁴⁴ Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., p. 17.

la infracción del deber es llevado a cabo fenomenológicamente mediante un comportamiento comisivo u omisivo.

2. El deber de garante

Determinar quién sea garante depende de la configuración jurídica, y ello no es precisamente una tarea fácil, pues como ha escrito JAKOBS, la «determinación de la posición de garante es una de las tareas más complicadas de la dogmática de la Parte general»⁴⁵. La infracción de los deberes de garante que, como hemos dicho, puede ser llevada a cabo mediante comisión u omisión fundamentando igualmente una imputación jurídico-penal, pueden presentarse del modo siguiente, como *a)* deberes de aseguramiento, *b)* deberes de salvamento, y *c)* deberes por asunción.

En el caso de los *deberes de aseguramiento* el obligado tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás⁴⁶. Este deber constituye el más general, que alcanza a todas las personas para que cuiden que su conducta no sea un motivo para superar el riesgo permitido con consecuencias lesivas para terceros. Ejemplos: el fumador tiene el deber de apagar su cigarrillo si pasa por una gasolinera; el conductor tiene el deber de evitar que su vehículo, si tiene dañado los frenos, sea utilizado; el empresario constructor es responsable de proporcionar cascos y ropa adecuada a los albañiles cuando estén edificando un edificio; el propietario del perro de una raza agresiva debe mantenerlo asegurado cuando ve que en el jardín de al lado juegan unos niños.

Los *deberes de salvamento* se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por eso su deber es de inhibir el peligro creado⁴⁷. Así el obligado es garante en otras palabras de retrotraer un curso dañoso a fin que el peligro existente se mantenga dentro del riesgo permitido. Ejemplo: Si el alimento perjudicial para la salud vendido se encuentra almacenado en casa del consumidor o ya fue consumido por éste, el vendedor deberá impedir

⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin 1991, 29/26 (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo, Madrid 1995, pp. 950 ss., especialmente 968 ss.).

⁴⁶ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 29/30 ss.

⁴⁷ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 29/38 ss.

el consumo del alimento o auxiliar al que ya lo consumió. Dentro de este grupo se encuentra la *injerencia*, como un supuesto particular de los deberes de salvamento. Así, se activa un deber de garante por injerencia para todo aquél que organiza algo peligroso (actuar precedente), debiendo evitar los daños que resulten de dicha actuación. El fundamento es claro: «quien organiza un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento»⁴⁸. Por ejemplo, quien abre una zanja en una calle pública sin asegurarla tiene el deber de salvar a quien se caiga dentro de ella. Se evidencia que mediante el actuar precedente se usurpa un espacio de libertad ajeno, por ello el salvamento exigido no tiene otro sentido que de revocar dicha usurpación⁴⁹.

En la *asunción* el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender⁵⁰. Al «asumir» activa una expectativa normativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que ella pudo haber recibido de otra parte; es en razón de esto que el obligado tiene el deber de cumplir cabalmente su asunción, como compensación a la aminoración de protección en que colocó a la víctima⁵¹. Este es el deber que tienen que cumplir quienes van por la vida haciendo de buenos samaritanos. Piénsese por ejemplo en un estudiante universitario que voluntariamente asume el compromiso de coger por el brazo a una mujer de edad muy avanzada para ayudarle a cruzar una avenida muy transitada; con este compromiso asume un deber de protección que lo obliga a no abandonarla a su suerte en medio del tráfico vehicular para ir detrás una compañera de estudios de la que está profundamente enamorado que lo invita a acompañarla a dar un paseo romántico. Igualmente, la niñera que asume el compromiso de cuidar de un menor de edad con problemas mentales, no puede dejarlo solo e irse so pretexto de que los padres no regresaron a casa a la hora acordada, con independencia de accionar civilmente contra ellos si con su tardanza ocasionaron un perjuicio. El quebrantamiento de los deberes de asunción fundamenta directamente una responsabilidad penal para los agentes en ambos casos como compensación al déficit de

⁴⁸ JAKOBS, Günther, «La omisión: estado de la cuestión», trad. Javier Sánchez-Vera, en ROXIN, Claus (et al.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid 2000, p. 140.

⁴⁹ Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., 16.

⁵⁰ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., § 29/46 ss.

⁵¹ Cfr. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 33.

protección ocasionado por la expectativa de confianza que generaron y defraudaron al no mantenerse firmes en su cumplimiento.

Como se puede apreciar, una vez configurados los deberes de garante, sea como deberes de aseguramiento, de salvamento, o de asunción, pueden ser infringidos mediante una comisión o una omisión, sin que ello traiga consecuencias distintas para la imputación jurídico-penal. Un ejemplo referido a la asunción: todo el mundo puede apagar las luces de su automóvil cuando lo estaciona definitivamente, salvo que no haya asumido orientar a un nadador nocturno hacia la orilla de un lago, en cuyo caso le está prohibido apagarlas⁵². ¿Dónde comienza y termina la acción y la omisión? Da lo mismo. Lo relevante es comprobar en la situación concreta que la asunción voluntaria fundamenta un deber para el obligado de no desentenderse de la protección que ha comunicado hacia la víctima mediante su «asunción». Lo mismo ocurre en la injerencia: un comerciante puede apagar por la noche la iluminación de la vitrina de su tienda, a pesar de saber que algunos trasnochadores pueden tropezar en la oscuridad si pasan por delante de su tienda. Hasta aquí su conducta es socialmente adecuada. Sin embargo, si él dejó cavadas unas zanjas de manera peligrosa delante de su tienda, ahora sí le está prohibido apagar la luz. Igualmente, la conducta del portero de no cerrarla puerta con llave (omisión) teniendo a la puerta al ladrón equivale a abrirle la puerta (comisión). Nuevamente nos preguntamos: ¿tiene sentido en estos casos diferenciar acción y omisión? Respuesta: Es irrelevante en un plano normativo hacer semejante distinción. Basta sólo comprobar en el contexto social concreto si el autor lesionó los deberes que dan contenido a su ámbito de competencia personal (a su posición de garante).

VII. La posición de garante y los deberes funcionariales

1. Deber de garante como deber positivo

Garante es todo aquel sujeto a quien compete un deber especial que lo separa e individualiza frente al deber común. La especial posición de garante se identifica, pues, no con un deber negativo de no perjudicar los intereses legítimos de los demás ciudadanos, esto es: el clásico «no dañar a nadie» (*neminem laedere*) conocido ya en el Derecho romano, sino con un deber positivo que obliga de manera especial a un sujeto a llevar a cabo una determinada actividad

⁵² En lo que concierne a este ejemplo y los siguientes, Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, cit., pp. 19 20.

jurídicamente debida, de manera que ese sujeto se halla obligado «a mejorar la situación de un bien jurídico»⁵³, esto es: con un deber que vincula a un sujeto a una situación jurídica construyendo, como afirma JAKOBS, un *mundo (jurídico) en común*⁵⁴.

Por ello, el sujeto que resulta obligado por un deber especial, y que, por ello, ocupa una posición de garante, se ve en la obligación jurídica de no sólo de que su propio ámbito de organización no se expanda de manera lesiva a otros ámbitos ajenos (ello constituiría el ámbito propio de los deberes negativos) sino que tiene que preocuparse de manera activa por mantener de manera incólume una determinada situación, ya sea en un ámbito completo o integral (los padres, por ejemplo, respecto de *todo* lo que concierne a sus hijos menores) o ya sea manera sectorial (el bombero respecto de los incendios devastadores y no intencionados que comprometan derechos a la propiedad, a la vida o a la integridad física; los policías –o en general– los miembros o fuerzas de seguridad del Estado respecto de la seguridad de los ciudadanos, etc.). Por ello, el garante siempre está obligado por un deber positivo especial que se encamina a fomentar, de manera activa, una concreta y determinada organización ajena, que deja, en parte de ser propiamente «ajena», pues la posición de garantía determina que la organización también le pertenece, en parte, al titular de la posición de garantía. En este sentido, entre el garante y la organización originariamente ajena se conforman comunes lazos de relación y entre ambos (garante y sujeto o sujetos beneficiados) se construye «un mundo en común»: el «espectro abarca –como afirma JAKOBS– desde el deber de protección de los padres hasta los deberes de algunos (no todos) administradores de bienes, pasando por el deber de un médico en un hospital de urgencias y el deber del juez de dictar sentencias jurídicas neutrales»⁵⁵.

Entonces, garante es el obligado especial, el titular de un deber positivo, de una específica obligación jurídica *de hacer*. En términos amplios todo sujeto es garante de la juridicidad, en tanto que, como

⁵³ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, «El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia», en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 243.

⁵⁴ JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2012, p. 85.

⁵⁵ JAKOBS, Günther, «Ponencia: Tentativa. Intervención delictiva. Lesión de deberes positivos», presentada en Huánuco en agosto de 2011, traducción de Miguel Polaino-Orts, p. 13, en prensa; y más recientemente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., pp. 83 ss.

afirma POLAINO-ORTS⁵⁶, «todo ciudadano ha de contribuir activamente al mantenimiento de un determinado 'caldo de cultivo', social, esto es: de un estatus quo regido por la seguridad y en el que los ciudadanos puedan desarrollar su vida dentro de parámetros de normalidad». Esa obligación conforma un «una específica obligación de hacer», que tiene como contenido obligacional el que «toda persona ha de aportar ese 'granito de arena', consistente en un mínimo respeto a las normas y a los derechos de los demás», es decir, «que todos los ciudadanos respeten las 'reglas del juego', de manera que tengan la mínima seguridad de que no van a resultar lesionados de manera inminente y masiva».

Pero presuponiendo, por evidente, esa garantía fundacional del ámbito social, lo usual es que la posición de garante esté reservada a muy concretos y determinados sujetos, especialmente revestidos de una cualidad o condición que le aíslan e identifican y les distinguen del común de los ciudadanos, que son titulares de un deber común, y no de uno especial. En el ámbito funcional o de organización político-administrativo, esta posición de garante la ocupa tanto una persona física (el funcionario público o autoridad) como la misma persona jurídica (el Estado). A esta cuestión de la dualidad de los deberes, de extraordinaria relevancia teórico-práctica, nos ocuparemos a continuación por separado.

2. El funcionario como garante

Funcionario es la «persona que desempeña un empleo público»⁵⁷. Al tratarse de un empleo público, entran en juego necesariamente los «intereses generales», que –por oposición a los particulares– son indisponibles por mano privada (el interés general siempre se sobrepone sobre el particular). Por ello, el funcionario tiene la competencia específica de mantener la incolumidad del interés general y su prevalencia sobre el particular en aquellos ámbitos de la Administración vinculada a su ámbito de competencia. De manera precisa lo grafica ZACZYK: «El actuar de un funcionario se nutre de la pretensión de hacer realidad la generalidad objetiva (...): si actúa un particular, actúa para sí mismo; si actúa un funcionario, actúa para todos»⁵⁸.

⁵⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo. Materiales docentes*, 2ª ed., Sevilla 2012, pp. 27 s.

⁵⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

⁵⁸ ZACZYK, Rainer, «Sobre la posición de garante de los funcionarios públicos», en *Id.*, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, pp. 330-331.

El funcionario siempre es, pues, garante personal de la administración pública, obligado especial que tiene que contribuir, con su comportamiento al fomento y a la primacía de los intereses colectivos (públicos) por encima de los particulares (privados). La posición del funcionario es, pues, de vital importancia: es garante del interés público y, por ello, cuando infringe su deber, haciendo caso omiso al mismo, responde a secas por el quebrantamiento de ese deber. El asunto de la fenomenología, acerca de si la infracción del deber aconteció mediante una omisión equivalente a como si lo hubiera causado activamente (comisión por omisión), ocupa un lugar secundario: «No se puede ignorar que un deber funcional que está definido en la ley o que se ha deducir de la ley tiene un efecto de reforzamiento de la posición jurídica del individuo. Si, mediante la lesión de tal deber, se produce un daño a una persona, es la misma lesión del deber la que fundamenta el injusto»⁵⁹.

Tan relevante es la posición del funcionario en este contexto para el mundo jurídico-penal que algunos ordenamientos, como el español, contienen una definición penal *sui generis* de autoridad (art. 24.1 del CP español) y de funcionario público (art. 24.2 del CP español). Según ese precepto, «a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal» (apartado primero) y «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas» (apartado segundo). De esta regulación se ha señalado que el legislador crea dos conceptos impropios, extensivos, normativos y desnaturalizados de autoridad y de funcionario, que no tienen por qué identificarse, y de hecho no lo hace, con el concepto administrativo usualmente conocido⁶⁰. Pero lo más relevante de ello es que al legislador no se le escapa la propia realidad del deber jurídico: funcionario y autoridad se hallan en una posición especial, de garante, como titulares que son de un deber positivo, que no lo disponen otros sujetos, sino solo aquellos que están vinculados a la construcción de un «mundo común».

⁵⁹ ZACZYK, «Sobre la posición de garante de los funcionarios públicos», cit., p. 334.

⁶⁰ Cfr. POLAINO-ORTS, «Derecho penal de la Administración pública», cit., p. 32.

3. El Estado como garante

El Estado –la Administración pública– es, normativamente hablando, una persona jurídica, es decir: un ente con personalidad jurídica propia, diferente a la suma de las personas físicas que componen dicho Estado. El Diccionario de la Real Academia Española define la voz «Estado», en su quinta acepción, como «conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano». Pero esta definición *organicista* es jurídicamente insuficiente. Como lo son otras nociones objetivas o subjetivas. Ni el Estado ni la Administración Pública puede definirse cabalmente en un sentido objetivo, ni subjetivo ni orgánico u organicista. Porque el Estado y la Administración son algo más que un conjunto de cometidos o actividades públicas (sentido objetivo), y algo más que el conjunto de titulares de la función pública conformado por autoridades, funcionarios y personal administrativo (perspectiva subjetiva), y lógicamente algo más que un conjunto de órganos burocráticos distribuidos en niveles, rangos, jerarquías, entidades, cargos y oficios públicos y delimitados en función de sus competencias⁶¹.

POLAINO-ORTS⁶² ha señalado, a nuestro modo de ver con acierto, que «lo que verdaderamente define a la Administración pública desde la óptica jurídica no son las actividades funcionales ni funcionariales, ni tampoco el complejo orgánico institucional, sino sobre todo la consideración de que nos encontramos ante una persona jurídica», esto es «ante un ente con personalidad jurídica propia, autónomo y diferenciable de cada una de las personas físicas de los administrados». El Estado y la Administración son, desde esta perspectiva, personas en Derecho (*Rechtspersonen*), y por ello titulares genuinos de derechos y deberes jurídicos propios, que tienen una personalidad jurídica particular y una autónoma capacidad de obrar.

Por ello, cabe aplicar a la persona jurídica el mismo régimen de responsabilidad que a la persona física (el funcionario). De la misma forma que el funcionario público tiene un ámbito de competencia personal delimitado por su rol, y es garante de su concreto cometido sometido a su control y gestión, también el Estado es garante de su cometido funcional y administrativo. Porque al Estado –a la Administración en general– le obliga deberes de recaudar impuestos

⁶¹ Cfr. POLAINO-ORTS, «Derecho penal de la Administración pública», cit., p. 28.

⁶² Cfr. POLAINO-ORTS, *ibidem*.

(los justos, no más ni menos), deberes de construcción de calles seguras (en las que no se produzcan accidentes evitables o previsibles), deberes de alumbramiento y de limpieza de las calles, de recogida de basura, etc. Si se infringen –dolosa o culposamente– tales deberes, se genera jurídicamente una responsabilidad penal, que la ley debe mensurar en la medida en que se reconoce tales deberes y en la medida misma en que se infringen tales obligaciones.

La específica problemática del Estado como garante ha sido planteada ya en alguna pionera Jurisprudencia comparada, que ha merecido la atención de la doctrina. Así, en concreto, la Sentencia SU-1184/2001 de la Corte Constitucional de Colombia⁶³ analiza la responsabilidad del Estado en el caso de grave violación a los Derechos Humanos ocurridos durante los días 15 a 20 de julio de 1997 en el municipio colombiano de Mapiripán, Meta. Según consta en autos, los hechos son relatados en el sentido siguiente:

«Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio «sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare»⁶⁴. Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la

⁶³ La sentencia fue expedida el 13 de noviembre de 2001, magistrado ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁴ Resolución de la situación jurídica del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos, 20 de mayo de 1999.

acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia)»⁶⁵.

La sentencia en mención fundamenta el deber de garante del Estado de la siguiente manera⁶⁶:

«17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, *por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional*.

El Derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por «... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...», ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para

⁶⁵ El extracto citado corresponde a la parte «I. Antecedentes. Hechos» de la sentencia.

⁶⁶ Para una cabal comprensión del razonamiento de la Corte Constitucional colombiana sobre los fundamentos del deber de garante del Estado optamos por citar en su integridad el fundamento 17 de la sentencia (intitulado «Posición de garante y fuerza pública»).

evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma⁶⁷.

b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente⁶⁸. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que *en concreto* recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que «*Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.*»

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o

⁶⁷ Cfr. AMBOS, Kai, *Temas del Derecho Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá 2001, pp. 117 ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, *Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2001, pp. 37 ss.

⁶⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Studienausgabe), 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1993, p. 830.

menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno «... de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...» (art. 2º de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de las fuerzas militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivos y de carácter estructural –definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional– que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas.

Podría objetarse que esta interpretación desconoce el tenor literal del artículo 218 de la Carta, pues en dicha disposición se establece de manera diáfana que es fin primordial de la Policía Nacional «*el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*». Empero, esta objeción llevaría al absurdo –lo que resulta abiertamente inconstitucional– de que las fuerzas militares estarían eximidos de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades y de lograr la paz. El artículo 217 se limita a precisar los ámbitos (lo que se ha llamado condiciones estructurales de seguridad) dentro de los cuales las fuerzas militares tienen el deber de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Constitución. El respeto de los derechos constitucionales de los asociados es un asunto que le concierne a todo el Estado. Las condiciones estructurales de seguridad, tarea que les concierne a las Fuerzas Militares, constituyen un correlato del deber estatal de prevenir la guerra⁶⁹. Cuando la guerra es inevitable, el Estado

⁶⁹ Ver sentencia C-328 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: «Así las cosas, resulta de la Protección de la Paz (C.P. art. 22) un derecho a prevenir la guerra. A todos los colombianos les asiste el derecho a intentar, por distintos medios, todos ellos no violentos, que la guerra no sea una realidad. Sin embargo, este derecho a prevenir la guerra debe ser encauzado y organizado. De ahí que, en tanto que representante legítimo de los intereses de los colombianos y custodio de los derechos de todos los residentes, al Estado colombiano le corresponda el deber fundamental de prevención de la guerra».

tiene el deber de morigerar sus efectos⁷⁰. Frente a los asociados, tiene el deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto⁷¹, a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos.

En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger.

Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatoria –claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea necesario (prohibición del exceso)– frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos.

Así las cosas, frente a las agrupaciones armadas –guerrilla o paramilitares–, las Fuerzas Militares tienen una función de garante

⁷⁰ Id. «9. Ahora bien, el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. Así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo. La humanización de la guerra, lo ha señalado la Corte, constituye una proyección del derecho a la paz».

⁷¹ Esta obligación no sólo se desprende de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. Tiene un claro apoyo en el artículo 2 de la Constitución.

del orden constitucional, el cual se ve desdibujado –de manera abstracta– por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de la fuerza y las armas⁷².

De igual manera, en sentido abstracto, las fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes– de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad–, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C.P. art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

⁷² En la sentencia C-1145 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte sostuvo, de manera enfática, que:

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos⁷³.

Pues bien, la doctrina especializada llamó prontamente la atención sobre esta importante sentencia, que «no sólo representa un punto de partida significativo en la lucha por la defensa de los Derechos Humanos en Colombia y Latinoamérica, sino el sentir de un pueblo como el colombiano que cada día se ve azotado por la violencia indiscriminada de los diferentes grupos al margen de la ley»⁷⁴. La decisión en cuestión parte de una inteligencia que ha sido paladinamente resaltada por estudiosos del tema: así, PERDOMO TORRES⁷⁵ ha señalado que «el Estado moderno es *garante* del cumplimiento de tareas determinadas, en especial de aquellas que vayan dirigidas a la protección de los ciudadanos ante atentados contra su posición jurídica dentro de la sociedad», lo cual constituye un «punto de partida de cualquier consideración sobre

«Como lo ha reconocido la Corte, el uso de cualquier tipo de armas –de guerra o de uso personal– tiene un potencial ofensivo que debe ser fuertemente controlado por el Estado. A este respecto, la Corporación ha señalado que contradice los postulados más elementales del Estado Social de Derecho, la teoría según la cual los ciudadanos tienen derecho fundamental o constitucional de armarse para su defensa personal. Según la Corte, el Estado contemporáneo tiene la función de monopolizar el ejercicio de la fuerza y debe evitar, por todos los medios, que los miembros de la sociedad lleguen al extremo de considerar que sus derechos o intereses sólo pueden defenderse causando la muerte de su potencial agresor. Según la Corte «una sociedad que centre sus esperanzas de convivencia pacífica en los métodos de disuasión por medio de las armas de fuego, es una sociedad fundada en un pacto frágil y deleznable. Las relaciones intersubjetivas estarían construidas en el temor y la desconfianza recíprocas, de tal manera que la ausencia de cooperación, entendimiento y confianza, como bases del progreso social, serían un obstáculo insalvable para el crecimiento individual y colectivo».

⁷³ Edgar LOMBANA TRUJILLO, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: «No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que los convierte en garante de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa». *Delitos de omisión*. Artículo publicado en la revista *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá junio del 2001 (101), p. 258.

⁷⁴ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., p. 255.

⁷⁵ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., p. 245.

la tarea estatal». Desde este punto de vista, «el soberano debe garantizar la protección de los ciudadanos para que puedan hacer ejercicio de la libertad precisamente por él garantizada; esto sólo podrá cumplirse, sin embargo, en tanto se garantice un estado social de paz y, a la vez, se den los mecanismos necesarios para la protección jurídico-penal ante la desatención de estos deberes de los órganos estatales. Ante esto, es innegable que los miembros de las fuerzas militares y de policía son garantes por ser representantes del Estado y, en este sentido, por tener el deber de salvaguardar los intereses en lo que tiene que ver con el respeto de los bienes jurídicos de la población, así como en lo concerniente a la estabilidad interior y exterior de la nación»⁷⁶. En definitiva, «los miembros de las fuerzas militares y de policía cumplen el deber de velar por la garantía de los derechos de los ciudadanos», siendo el fundamento jurídico «la posibilidad del desarrollo de la libertad normativa de los ciudadanos, y ésta sólo se dará en la medida en que el Estado, a través de sus representantes, proteja los derechos de aquellos»⁷⁷.

La pionera sentencia colombiana, que viene a reconocer una posición de garante del Estado, ha influido determinativamente en otras decisiones posteriores de países del mismo entorno cultural. Así, en nuestro país, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007⁷⁸, que resolvió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley núm. 28726 (*El Peruano*, 9 de mayo de 2006) en relación al art. 46 CP (reincidencia y habitualidad delictivas) tuvo oportunidad de referirse claramente al deber positivo del Estado, que lo sitúa en una especial posición de garante.

En este sentido, el Tribunal Constitucional señaló que:

«el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos

⁷⁶ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., pp. 245 s.

⁷⁷ PERDOMO TORRES, «El Estado como garante», cit., p. 246.

⁷⁸ Firmada por los Magistrados: Dres. LANDA ARROYO (Presidente), GONZÁLES OJEDA (Vicepresidente), ALVA ORLANDINI y MESIA RAMÍREZ; con un voto disidente del Magistrado Dr. VERGARA GOTELLI.

frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros»⁷⁹.

Con ello, se reconoce en suma la especial posición que ocupa el Estado constitucional en relación a los derechos de los ciudadanos: una posición que no es de mero observador sino de garante supremo: le obliga el deber positivo de velar por los intereses y derechos fundamentales y de fomentar y procurar su incolumidad. En suma: el Estado como garante.

VIII. La imputación subjetiva común a la acción y la omisión

El lado objetivo del hecho típico es el lugar donde se determina si el comportamiento (con independencia de cómo es llevado a cabo en su fenomenología como acción u omisión) supera o no el riesgo permitido. Se trata, dicho con otras palabras, de determinar si la conducta es imputable objetivamente o no, porque, «la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía»⁸⁰. En el análisis del tipo objetivo no se toma en cuenta los aspectos individual-cognitivos de la conducta, porque esta cuestión corresponde en todo caso a un nivel posterior de imputación (al tipo subjetivo). Lo relevante es que en la tipicidad objetiva que, como hemos visto, es idéntica para la acción y la omisión —teniendo al ámbito de competencia (deber de garante) como común denominador—, no se atribuye un sentido penalmente relevante a la subjetividad del autor. Dado que los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*⁸¹, sino a través de los elementos externos que objetiviza la conducta, se establece un orden de análisis imprescindible: primero se comprueba si la conducta reúne un significado social perturbador (imputación objetiva), y, luego de haberse determinado ese significado, se decide si dicha conducta es imputable a su autor a título de dolo o imprudencia (imputación subjetiva)⁸².

⁷⁹ STC 0014-2006, Fundamento 45.

⁸⁰ JAKOBS, Günther, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'», en *Id.*, *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid 1997, p. 211.

⁸¹ Cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 223.

⁸² Cfr. CARO JOHN, José Antonio, «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 7 (2006), pp. 248 ss.

Esta exigencia de delimitar el análisis de lo objetivo y lo subjetivo en dos fases de valoración ordenada y consecutiva responde a una cuestión metodológica y sustantiva. La exigencia es en primer lugar *metodológica* porque de esta manera se dispone de un orden lógico de valoración, de tal modo que la relevancia e irrelevancia penal de un hecho puede ser aprobada o descartada de plano en el ámbito donde la conducta produzca una *alarma social* o altere el *status quo* de lo conocido como riesgo permitido⁸³. Precisamente el reconocimiento del carácter peligroso o lesivo de una conducta desde una perspectiva penal radica primeramente en su significado social externo (objetiva), y, luego de esta verificación, ya en un nivel posterior, en la atribución de un sentido penalmente relevante a lo subjetivo del hecho. Por ejemplo: de plano se descarta el disparo a un maniquí como una conducta penalmente relevante de homicidio porque objetivamente (en su significado socio-normativo) es imposible considerar como homicidio al disparo sobre dicho objeto. Siendo esto así deviene innecesario valorar en el nivel posterior de análisis, concretamente en el plano subjetivo, si el actor obró con dolo o imprudencia. Esto permite pasar a la segunda exigencia, de corte *sustantiva*, que pone de relieve que el elemento *cognitivo* de la imputación subjetiva está condicionado a la comprobación previa de aquello (lo objetivo) que supera el riesgo socialmente permitido y que luego habrá de ser atribuido a su autor a título de un obrar doloso o imprudente.

Estando claro que la posición de garante es un elemento común a la acción y la omisión, y que entre ambos conceptos sólo cabe una distinción fenomenológica, interesa ahora establecer si la imputación subjetiva es distinta cuando recae sobre la acción y la omisión. En coherencia con todo lo anotado se afirma categóricamente que *la imputación subjetiva es idéntica a la acción y la omisión*⁸⁴, porque si el juicio de imputación subjetiva empieza a operar después que la conducta fue definida de manera objetiva como penalmente relevante, dando lo mismo cómo fue llevada a cabo en su fenomenología, lo determinante ahora es sólo poder atribuir un sentido a la subjetividad del actor tanto a título de dolo como de imprudencia por la infracción

⁸³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima 2002, p. 197.

⁸⁴ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *El delito de omisión impropia*, cit., pp. 274 ss., destacando que al igual que en los delitos de acción, el dolo es posible en los delitos de omisión impropia pudiendo asumir sus tres formas, como dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual.

de los deberes de garante pertenecientes a su ámbito de competencia en el contexto social concreto.

Esto significa, sin más, que la tipicidad subjetiva de los delitos comisivos y omisivos es idéntica⁸⁵. En ambos casos el dolo siempre requerirá por igual el conocimiento de la situación generadora del deber (lo que significa obrar siendo consciente de estar en una posición o deber de garante) con una indiferencia respecto de cómo es producida objetivamente las lesiones al derecho ajeno. En la imprudencia tendrá que constatarse que el autor obró con descuido, sin adoptar las medidas de cuidado, que de haberlo hecho a tiempo, no hubiese desencadenado en un suceso típico. Si cabe apenas una diferencia subjetiva entre la comisión y la omisión —y con esto volvemos a cuanto hemos afirmado ya con anterioridad— será sólo en lo fenomenológico: en la acción habrá un movimiento doloso o imprudente, en la omisión no.

Por todo lo dicho, un delito doloso de comisión es punible en idéntica forma que un delito doloso de omisión, así como uno delito culposo de comisión es punible igualmente que un delito culposo de omisión⁸⁶. Por ello, no es jurídicamente posible castigar de manera atenuada al delito omisivo doloso. Incluso un autor de peso como STRATENWERTH reconoce desde una perspectiva que equipara la omisión a la acción que «el dolo [...] contiene una decisión en contra del interés jurídicamente protegido; la imprudencia, no. Esta decisión, a su vez, en el delito de comisión, no exige nada más que el hecho de que el autor *actúe* dispuesto a asumir el resultado típico como consecuencia de su propia conducta, es decir, emplee la medida de energía que hace falta para intervenir activamente en el suceso. En el delito de omisión, la misma actitud aparece cuando el autor *omite* actuar dispuesto a asumir el resultado como consecuencia de su propia conducta, no emplea la medida de energía necesaria para la intervención activa. En eso se halla el equivalente al dolo en el comportamiento activo»⁸⁷.

⁸⁵ Destaca de modo especial esta cuestión, JAKOBS, Günther, «El lado subjetivo del hecho», trad. Manuel Cancio Meliá, en Id., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá 2004, p. 77.

⁸⁶ Cfr. NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel*, cit., p. 189.

⁸⁷ STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pp. 482 s.; en el mismo sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, cit., pp. 658 s., 676 s.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 412.

IX. Ejercicio de la práctica penal: Caso posición de garante del policía⁸⁸

El presente caso sirve para analizar en la práctica los problemas que se generan en torno a la diferencia entre acción y omisión, y de qué manera incide esa diferencia para la imposición de la pena. El asunto a tratar es si el funcionario –un efectivo policial– que se limitó a observar (omisión) cómo su compañero extorsionaba (acción) a unos ciudadanos, debe ser excluido de responsabilidad en razón que [conforme al argumento de defensa del policía] el tipo penal de extorsión (art. 200 CP) contiene a la conducta típica de manera activa y no omisiva.

1. El caso⁸⁹

a) Hecho imputado

«(...) en el presente caso fluye de autos que en horas de la mañana del día dos de abril de mil novecientos noventa y tres, en circunstancias que los agraviados retornaban a su domicilio a bordo de su vehículo, fueron intervenidos por los encausados, quienes aprovechando su condición de efectivos policiales los registraron, encontrando entre los documentos de Antonio Cabrera González un billete de cien dólares, del cual se apoderaron manifestando que era falsificado; asimismo, les solicitaron sumas de dinero a fin de ser dejados en libertad, por lo que se dirigieron a dos cajeros automáticos para retirar dinero de la cuentas de los agraviados; sin embargo, al no lograr su propósito por no contar con dinero en efectivo ambos cajeros, concertaron una cita a la que los agraviados debían acudir llevando consigo dinero a cambio de devolverles sus *documentos personales*»;

b) Intervención omisiva del efectivo policial

«que, al respecto, se ha establecido que si bien el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, estuvo a bordo del vehículo policial en el que fueron desplazados los agraviados, desde el momento en que se inicia el hecho hasta cuando éste concluye, no participó activamente en la comisión del delito de extorsión, de allí que la

⁸⁸ El caso ha sido tomado de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2528-99-Lima, de 25 de agosto de 1999.

⁸⁹ El caso es presentado en la ejecutoria en un Considerando Único, por lo que, a efectos de una mejor explicación didáctica, en el texto se hace una separación de los hechos y la resolución jurídica.

tesis central de la defensa, gire en torno a una pretendida atipicidad de su conducta, que no lo exime de reproche moral»;

c) *Postura de la Sala Penal Suprema sobre la alegada «atipicidad» del efectivo policial que intervino de manera omisiva*

«que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, de evitar el resultado; que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión»;

d) Fundamento jurídico de la Sala Penal Suprema sobre la posición de garante del efectivo policial

«respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, de evitar el resultado»; en principio, por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole por ello el resultado lesivo perfectamente imputable; también se verifica que el citado encausado, se encontraba en una posición de garante frente al bien jurídico de los agraviados, ya que ésta surge también cuando el agente tiene el deber de vigilar la conducta de otras personas, tal como sucede en el caso de autos; es por ello, que concurriendo en el análisis los dos presupuestos que nos permiten determinar cuándo estamos frente a una comisión por omisión punible, es correcto afirmar, que el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, es coautor del delito de extorsión».

2. Problema jurídico

La cuestión a dilucidar es si el efectivo policial que no participa activamente en el hecho delictivo perpetrado por otro policía, limitándose únicamente a observarlo, sin hacer nada al respecto: a) ¿merece ser excluido de responsabilidad, o ser sancionado con menor pena, precisamente en virtud de su omisión?; o, b) más bien ¿responde penalmente tan igual que su compañero, como «coautor del delito de extorsión» -en la solución de la Sala Penal Suprema-?

Para responder a esta cuestión se debe partir por la fundamentación de los deberes de garante inherentes al ámbito de competencia de un funcionario policial.

El policía, al igual que cualquier otro funcionario público, ocupa en la sociedad un estatus especial que le otorga su condición de representante del Estado frente a los particulares. En el ejercicio de

ese estatus, como todo funcionario público, el policía no actúa por cuenta propia, sino en cumplimiento del deber de garantizar que las actuaciones estatales se desarrollen correctamente de acuerdo a la juridicidad general en beneficio de los ciudadanos. Pero, en comparación a los demás funcionarios, el policía tiene un plus de deber adicional, que da sentido intrínseco a su rol especial diferenciado: el «deber de protección». Este deber caracteriza al policía en el conjunto de la función pública.

La doctrina interpreta que en el deber de protección radica el deber de garante funcional del policía, deber que puede redefinirse, según el contexto en particular, en deberes de intervención, deberes de vigilancia y deberes de impedir delitos⁹⁰. Por su parte, la legislación nacional concreta el deber de garante de protección del funcionario policial mediante el deber de «velar por la protección, seguridad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, el normal desarrollo de las actividades de la población y prestar apoyo a las demás instituciones del Estado, en el ámbito de sus competencias y funciones»⁹¹.

El deber de protección tiene sentido crucial para el desarrollo de los derechos de los ciudadanos porque «en la medida que el policía proteja los derechos de sus ciudadanos, recién la libertad jurídica de éstos se hace real»⁹². Aquí cobra pleno sentido el deber de impedir delitos como elemento central del deber de garante de protección del policía. El ciudadano víctima de un delito puede seguir desarrollándose libremente

⁹⁰ Fundamental sobre estas cuestiones, PAWLK, Michael, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», en *ZStW*, 111 (1999), pp. 335 ss.

⁹¹ El texto completo del art. 4 del Dec. Leg. 1148 (Ley de la Policía Nacional del Perú, publicado el 11.12.2012) precisa la «función policial» del siguiente modo: «La función policial se enmarca dentro del ejercicio del poder de policía del Estado, que la Policía Nacional del Perú cumple en su condición de fuerza pública, para *velar por la protección, seguridad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, el normal desarrollo de las actividades de la población y prestar apoyo a las demás instituciones del Estado, en el ámbito de sus competencias y funciones*. El ejercicio de la función policial requiere conocimientos especializados, los cuales son adquiridos a través de la formación profesional. El profesional policial recibe una formación académica integral, de nivel universitario para Oficiales y de nivel técnico para Suboficiales, que les permite su buen desempeño profesional y desarrollo cultural, social y económico, con énfasis en la disciplina, el mérito, el respeto irrestricto a los derechos humanos, la ética, el liderazgo y el servicio público» (el resaltado ha sido añadido).

⁹² PAWLK, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», cit., p. 347.

como persona en Derecho gracias a la intervención del efectivo policial como parte de su función de velar por la protección, seguridad y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

En el presente caso, la no intervención policial para impedir la extorsión quiebra del deber de garante de protección. El efectivo policial estaba obligado a impedir la realización del delito que venía ejecutándose frente a sus ojos, por ello, su omisión reúne pleno sentido de un delito de infracción de un deber. De cara a su injusto penal es indiferente la fenomenología del mundo exterior, en el sentido de no haber sido él quien ejerció activamente la violencia exigida por el tipo penal de extorsión. El garante responde por lesionar su deber garantía, siendo irrelevante a este respecto la «menor energía» de su omisión frente a la comisión, sobre todo en este ámbito de delitos de competencia institucional donde el comportamiento que se imputa no depende absolutamente de los grados de intervención delictiva. Poner el acento en el peso de la intervención implica dejar de lado que la imputación en este ámbito recae sobre una competencia institucional para verlo todo como un caso de competencia por organización. Si esto es así, entonces el policía omiso tendría que ser considerado cómplice de extorsión, puesto que con su inacción contribuyó a mejorar la posición del policía que ejerció la violencia extorsiva activamente. Pero esta posibilidad se desmorona en sí misma tras la constatación que el portador de un deber positivo especial, de un estatus especial, nunca responde como partícipe sino siempre como autor. El deber positivo es independiente de la organización: «el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto»⁹³.

En la medida que la infracción del deber no admite cuantificación alguna, ambos policías responden por igual como autores del delito de extorsión. La solución de la Sala Penal Suprema es correcta. Es indiferente que uno de ellos haya obrado mediante acción y otro mediante omisión. Desde una perspectiva normativa no existe fundamento alguno para diferenciar la pena de ambos actores únicamente en función de la mayor o menor energía ejercida en la

⁹³ Mössig, Bernd, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 2002 (manuscrito), p. 18.

realización del delito. Por cuanto «la pena y la imputación se relacionan una a otra mutuamente»⁹⁴ no tiene sentido estereotipar a la omisión *per se* con una atenuación. La omisión reúne la potencia normativa para quebrar el deber de garante institucional tan igual que la comisión. Por esta razón, el sentido del art. 13, último párrafo, que señala «la pena del omiso podrá ser atenuada» sólo es posible en una dogmática ontologicista.

Los fundamentos jurídicos expuestos sirven para rebatir asimismo la alegación del policía, de que supuestamente la imputación penal no le alcanzaría porque su obrar fue omisivo mientras que el supuesto del hecho típico de extorsión (art. 200 CP) estaría redactado bajo una modalidad comisiva con el empleo activo de violencia o amenaza. Semejante argumentación desconoce por completo que en el mundo del Derecho penal los tipos penales constituyen una síntesis de expectativas de conductas lesivas de derechos abarcados por instituciones negativas —por ejemplo, del *neminem laedere*— que vinculan de modo general a los particulares, e instituciones positivas vinculadas a los titulares de un estatus especial —como los deberes de garante de los funcionarios públicos—. Lo único relevante en cualquiera de los casos, es la lesión del derecho, que, desde un plano fenomenológico, puede ser concretado a través de una modalidad comisiva o de una modalidad omisiva, sin que la tipicidad del hecho delictivo dependa de la pura fenomenología. La Sala Penal Suprema acertó en el blanco al resolver esta cuestión con el fundamento de que «los delitos omisivos consisten en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión».

Mientras el deber de garante funcional esté preconfigurado como fundamento jurídico de un estatus especial, no hace falta tipificar una omisión para imputar responsabilidad a quien transgreda su estatus especial, excepto los casos de una exclusiva tipificación de los delitos de omisión propia⁹⁵. La responsabilidad que recaiga sobre el

⁹⁴ JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main 2012, p. 13.

⁹⁵ Este tema fue tratado antes [Cfr. *Supra* §5.V.1], resaltándose que en un mismo tipo referido al portador de un deber de garante puede construirse una tipicidad tanto comisiva como omisiva.

titular de un estatus especial –aquí el funcionario policial– es uniforme para la acción y la omisión. O sea, como el deber de garante es común a la acción y a la omisión, los comportamientos de ambos policías son típicos por igual: uno por obligar a los particulares con violencia a entregarle una ventaja económica (comisión), el otro por no intervenir para proteger al particular frente a la violencia extorsiva ejercitada por su compañero de la institución policial (omisión). El rol del policía consiste en proteger y no asaltar a los ciudadanos, en impedir delitos y no hacerse de la vista gorda frente a los mismos. Todo esto permite concluir que «los funcionarios tienen siempre una posición de garante frente a las personas individuales cuando el deber funcional también está al servicio de la protección del individuo. Sobre todo, cuando se trata de cometidos de la policía, los bomberos o la protección civil, para los que el Estado pone además a disposición medios materiales, parece que todo habla a favor de que el individuo puede confiar en que, en caso de necesidad, estos medios también serán empleados para la conservación de su derecho»⁹⁶.

⁹⁶ ZACZYK, «Sobre la posición de garante de los funcionarios públicos», cit., p. 333.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Jurista, Lima 2001.
- ALBRECHT, Dietlinde, *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Köln et al. 1998.
- AMBOS, Kai / MEINI, Iván (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, ARA Editores, Lima 2010.
- BACIGALUPO, Enrique, «Problemas actuales del dolo», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra 2005, pp. 65 ss.
- *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Madrid 1997.
- V. BAR, Carl Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, t. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin 1907, § 693.
- BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Bielefeld 1977.
- BELING, Ernst, «Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre», en GS, N° 101, 1932, pp. 1 ss.
- *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Tübingen 1902.
- BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Tesis Doctoral de la Universidad de Frankfurt, 1957.
- BRAMMSEN, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht*, Berlin 1986.
- V. BURI, Maximilian, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885.
- *Über die Causalität und deren Verantwortung*, 1873.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1998.

- «Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor», en ID., *Estudios de Derecho penal*, Palestra, Lima 2010, pp. 105 ss.
 - «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 75 ss.
 - *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.
- CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima 2003.
- «¿Instigación sobre menores de edad? (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N° 3840-97-Ayacucho, de 09 de octubre de 1997)», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 339 ss.
 - «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, 2006, pp. 247 ss.
 - «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, 2004, pp. 83 ss.
 - *Diccionario de jurisprudencia penal. Definiciones y conceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal extraídos de la jurisprudencia*, Grijley, Lima 2007.
 - *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot*, Nomos / Dike, Baden-Baden 2007.
 - «Alberto Fujimori: autor de un delito de infracción de deber», en *Enfoque-Derecho* N° 83, abril de 2009, p. 12.
 - *Dogmática penal aplicada*, ARA Editores, Lima 2010.
- CASTANEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima 2013.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *El delito de omisión impropia*, San José de Costa Rica 2007.
- DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 1958, 15ª ed., Opladen, 1977.
- DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», en GA, 1993, pp. 163 ss.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. DE ZAVALÍA (ed.), Buenos Aires 1970.

BIBLIOGRAFÍA

- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.
- *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004.
 - *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinden in Deutschland gültiges peinliches Rechts*, 11ª ed., 1832.
- FREUND, Georg, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana», en *Delitos culposos*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003, pp. 90 ss.
- FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Köln et al. 1983.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona 1999.
- «La prohibición de regreso en el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / GARCÍA CAVERO, Percy et al., *Estudios de Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2005, pp. 70 ss.
 - *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Lima 2007.
 - *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Panneditte, Buenos Aires 1970, pp. 518 ss.
- «Causalidad, omisión e imprudencia», en Id., *Ensayos penales*, Madrid 1999.
 - «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *Ensayos penales*, Madrid 1999, pp. 257 ss.
 - *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid 1999.
- GÖSSEL, Karl Heinz, «Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia», en *Delitos culposos*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003, pp. 18 ss.
- HARTMANN, Erich, *Das Kausalproblem mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriffs des Strafgesetzbuchs*, Breslau 1900.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes HOFFMEISTER que incluye las anotaciones del propio HEGEL en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlin, 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.
- HEGLER, August, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*, N° 36, 1915, pp. 19 ss., 184 ss. HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, pp. 161 ss.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Grijley, Lima 2005.

JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998.

- «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en GA, 1996, pp. 253 ss.
- «Beteiligung», en FS Lampe, 2003, pp. 565 ss.
- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Id., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid 1997, pp. 302 ss.
- «Dolus malus», en FS Rudolphi, 2004, pp. 119 ss.
- «El lado subjetivo del hecho», trad. Manuel Cancio Meliá, en Id., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá 2004, pp. 77 ss.
- «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», traducción de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.
- «Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1, 2000, pp. 143 ss.
- «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en ZStW, 97, 1985, pp. 762 ss.
- «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'», en Id., *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid 1997, pp. 211 ss.
- «La omisión: estado de la cuestión», trad. Javier Sánchez-Vera, en ROXIN, Claus et al., *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid 2000, pp. 140 ss.
- «Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en ZStW, 107 (1995), pp. 849 ss.
- «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en ARSP, 2000, pp. 60 ss.
- *Acción y omisión en Derecho penal*, trad. Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992.
 - *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997.
 - *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991.
 - *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996.
 - *El Derecho penal como disciplina científica*, trad. Alex van Weezel, Thomson-Civitas, Madrid 2008.
 - *Estudios de Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González, Civitas, Madrid 1997.
 - *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2012.
 - *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung», en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen 1961, pp. 139 ss.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin 1996 [*Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada 2002].
- JESTAEDT, Matthias, *Das mag in der Theorie richtig sein*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- v. JHERING, Rudolf, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1867.
- KANT, Immanuel, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Berlinische Monatsschrift*, 1793, pp. 201 ss., aquí conforme a la *Werk-Ausgabe in 10 Bänden*, tomo 9, editado por Wilhelm WEISCHEDEL, Darmstadt 1975, pp. 125 ss.
- *Die Metaphysik der Sitten*, 1ª ed., 1797 (A), 2ª ed., 1798 (B), Obras completas editada por Wilhelm WEISCHEDEL en 12 tomos, tomo VIII, Frankfurt am Main 1977.
- KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *FS Welzel*, 1974, pp. 393 ss.

- *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959.
- KINDHÄUSER, «Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales», trad. de José Antonio Caro John, en *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Lima 2002, pp. 17 ss.
- *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima 2007.
- «Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho», trad. de Juan Pablo Mañalich R., en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14, Santiago 2011, pp. 41 ss.
- KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Lima 2009.
- KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990.
- LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995.
- «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland», en *JR*, 2001, pp. 384 ss.
- *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris 1992.
- «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums», en *JA*, 1996, pp. 348 ss.
- «Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten?», en *JA*, 2001, pp. 988 ss.
- «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en *JA*, 2002, pp. 603 ss.
- *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al. 1999.
- v. LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlin / Leipzig 1919.
- *Das deutsche Reichstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Berlin-Leipzig 1881.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen 1987.
- *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.

BIBLIOGRAFÍA

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Madrid 1996.
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, p. 627 [Tratado de Derecho penal, t. I, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962].
- MEDINA FRISANCHO, José Luis, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal. Una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte*, ARA Editores, Lima 2010.
- MEINI MÉNDEZ, Iván, «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP», en *Anuario de Derecho Penal*, Lima 2003, pp. 423 ss.
- *El dominio de la organización en Derecho penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra, Lima 2008.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona 2011.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «¿Sigue siendo necesaria una Dogmática del Derecho penal?», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.) / RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Madrid 2010, pp. 51 ss.
- NAGLER, Johannes, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», en *Der Gerichtssaal*, tomo 111, Cuaderno 1/4, Stuttgart 1938, pp. 59 ss.
- NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regressverbot im Strafrecht», en *ZStW* (1964), pp. 426 ss.
- *Derecho penal. Una introducción*, trad. de la 10ª ed. alemana por Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires 2006.
- NITZE, Paul, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Berlin 1999.
- PAWLIK, Michael, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», en *GA*, 1995, pp. 360 ss.
- «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», en *ZStW*, 111 (1999), pp. 338 ss.
- *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin et al. 2002.

- *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2004.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, «El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 de 2001, Corte Constitucional de Colombia», en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 243 ss.

- *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá 2001.
- *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

PÉREZ BARBERA, Gabriel, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires 2006.

- *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, «La decisión penal. Consideraciones sobre la clausura operativa del sistema jurídico-penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 506 ss.

- *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, ARA Editores, Lima 2008.

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

- «El valor de la dogmática en el Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid 2005, pp. 852 ss.
- *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Lima 2009.
- *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima 2004.
- *Lecciones de teoría del delito*, 3ª ed., Sevilla 2012.
- *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972.

POLAINO-ORTS, Miguel, «Derecho penal de la Administración pública: concepto, evolución histórica y contenido», en POLAINO NAVARRETE

BIBLIOGRAFÍA

- (dir.) / RANDO CASERMEIRO / POLAINO-ORTS, *Derecho Penal de la Administración Pública (Materiales docentes)*, Sevilla 2012, pp. 19 ss.
- «¿Qué es la imputación objetiva?», en POLAINO-ORTS, Miguel / CARO JOHN, José Antonio, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México 2009, pp. 63 ss.
 - «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2009, pp. 15 ss.
 - «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 73 ss.
 - «Vigencia de la norma: El potencial de sentido de un concepto», en JAKOBS, Günther et al., *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 60 ss.
 - *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, ARA Editores, Lima 2012.
 - *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona 2009.
 - *Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligtenrolle*, Tesis de Maestría, Universidad de Bonn 2004.
- RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904, consultado conforme a la recopilación de su obra completa por Arthur KAUFMANN, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el título *Gesamtausgabe*, tomo 7, *Strafrecht I*, volumen coordinado por Monika FROMMEL, Heidelberg 1995.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999.
- «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 19 ss.
 - «Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada», en *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima 2004, pp. 141 ss.
- REY SANFIZ, Luis Carlos, «Observación naturalista del Derecho penal», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 6 (2005), pp. 409 ss.

- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Themis, Bogotá 1996.
- «El concepto de imputación objetiva» en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, N° 1, Bogotá 2002, pp. 27 ss.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona 2003.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima 2007.
- ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed. (2000), 4ª ed., Grijley, Lima 2007.
- *Jurisprudencia Penal*, tomo I: *Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998*, Lima 1999.
- ROXIN, Claus, «Bemerkungen zum Regressverbot», en *FS Tröndle*, 1989, pp. 177 ss.
- «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung», en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 177 ss.
 - «Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen», en *FS Lüderssen*, Baden-Baden 2002, pp. 578 ss.
 - «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», traducción de Enrique Anarte Borrallo, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLÓ, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva 1999, pp. 191 ss.
 - «Was ist Beihilfe?», en *FS Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.
 - «Zum Strafgrunde der Teilnahme», en *FS Stree/Wessels*, 1993, pp. 365 ss.
 - *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin 1970.
 - *Leipziger Kommentar-Roxin*, 11ª ed., Berlin / New York 1993, 27/16 ss.
 - *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II: *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.
 - *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München 2006.
 - *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- RUÍZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutoria de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima 2005.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica 'trascendencia'», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, 2000, pp. 359 ss.
- «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, pp. 413 ss.
 - *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Grijley, Lima 2004.
 - *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999.
- SANGENSTEDT, Christof, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Frankfurt am Main et al. 1989.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María et al., *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, 2ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997.
- «Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205 ss.
 - *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2010.
 - *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona 1986.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, N° 32, Madrid 1991, pp. 107 ss.
- STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., Carl Heymanns, Köln et al. 2000 [*Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires 2005].
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la*

- administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima 2001, pp. 149 ss.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho probatorio y de valoración de las pruebas*, AMAG-GIZ, Lima 2009.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 3ª ed., Trotta, Madrid 2009.
- URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia (2006-2010)*, Idemsa, Lima 2011.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006.
- «La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana», en *Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)* N° 60, Lima 2007, pp. 257 ss.
 - VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «Autoría mediata por dominio de organización. El caso Fujimori», en <http://vmrfirma.com/publicaciones/wp-content/uploads/2012/08/19-Villavicencio-Autoria-Mediata-27-10-111.pdf>
- VINELLI VERAU, Renzo Antonio, «La determinación del engaño típico en el delito de estafa. El caso Botito-Hot Box», en *JuS Jurisprudencia* 2/2007, pp. 127 ss.
- VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1993.
- «Dolo y error», en *Cuadernos de política criminal*, N° 95, II, 2008, pp. 15 ss.
- VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, 2002, pp. 411 ss.
- v. WEBER, Hellmut, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Froman, Jena 1935.
- WELZEL, Hans, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», en *JuS*, 1996, pp. 421 ss.
- «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW*, N° 58, 1939, pp. 491 ss.
 - *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin 1969.
 - *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993.
- WOHLLEBEN, Marcus, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, München 1996.

BIBLIOGRAFIA

WOLTER, Jürgen / FREUND, George (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.

ZACZYK, Rainer, «Über Theorie und Praxis im Recht», en FS Dahs, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, pp. 36 ss.

- «Sobre la posición de garante de los funcionarios públicos», trad. de Nuria Pastor Muñoz, en ID., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, pp. 321 ss.
- «El 'dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder' y el BGH», trad. de Alex van Weezel, en ID., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, pp. 337 ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires 1973.

MANUAL TEÓRICO-PRÁCTICO DE TEORÍA DEL DELITO.
MATERIALES DE APLICACIÓN A LA INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA,
de JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, se terminó de imprimir
en la ciudad de Lima en los talleres de Impresiones Angélica
E.I.R.L., Jr. Huamanga 145, Cercado de Lima,
en junio de 2014.

