MANUAL DE TEORÍA DEL DELITO

FRANK ALMANZA
Fiscal Superior Penal de Lima
Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Medellín
Máster en Magistratura Contemporánea por la Universidad de Jaén, España
Docente en la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad ESAN
Doctorando en Derecho por la Universidad de Medellín

MANUAL DE TEORÍA DEL DELITO

SAN BERNARDO

Título: ***Manual de teoría del delito***

© Frank Almanza Altamirano

EDITADO POR

© San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
RUC Nº 20544174119
Jr. Las Américas 383 - Lima 07
Teléfono 956 612 273 - 920 673 913
Correo: librossanbernardo@hotmail.com
Editor: Abelardo P. Flores Lavado

IMPRESIÓN

CYA Acabados Gráficos
RUC Nº 20521765578
Mz. D18 Lt. 12 – Bocanegra – Callao
Teléfono 979 732 060
Correo: cyaacabadosgraficos@hotmail.com

Primera edición: Abril 2022

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 202202203

ISBN: 978-612-48020-6-5

Diagramación: Andrés Gutiérrez Fernández

Diseño de carátula: Richard Bravo Rojas

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N° 822

Impreso en abril de 2022

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial

Impreso en Perú 2022 Printed in Perú

Presentación

Habiendo expuesto los elementos constitutivos de la teoría del delito, los cuales a la vez configuran los principios guía de la aplicación del Derecho Penal en la sociedad contemporánea para asegurar que las sanciones a aplicar vayan en línea con el garantismo vigente en la era contemporáneo, se sientan las bases principales para proseguir con el estudio de la Teoría del Delito en el contexto actual. Del mismo modo, como se ha expuesto en los recientes párrafos anteriores, se determina que el Derecho Penal entendido por máximas kantianas repasadas al inicio del texto.

En el contexto contemporáneo, es menester que el jurista dedicado al ámbito penal o aquel estudiante que se forma en derecho deba manejar conceptos claros y actualizados respecto a la aplicación del Derecho Penal, siguiendo las nuevas tendencias y respetando la evolución de los principios propios de la disciplina. Siguiendo lo expuesto por Kant en su obra, el Derecho Penal se erige como una necesidad para controlar la insociable sociabilidad del ser humano -que es inmanente a este- y que permite, como medio, para arribar a un estado de no guerra o no violencia entre las personas que habitan esta sociedad. El Derecho Penal, su poder coercitivo y punitivo, considerando que el Derecho sin coerción y punición deja de ser Derecho, permiten que los ciudadanos puedan convivir con esa insociable sociabilidad que les es innata y a través de ello desarrollarse dentro los límites que el arbitrio propio no destruya el arbitrio ajeno. Ampliando lo pautado por Kant, es responsabilidad de las personas el pretender que es posible la convivencia humana para alcanzar una utópica paz perpetua, pero la finalidad última del Derecho es el establecer las condiciones necesarias para que la paz perpetua pueda ser posible en la sociedad.

Con el fin de hacer cumplir lo pautado por Kant respecto a la paz perpetua y al rol del derecho penal como entidad responsable de asegurar que pueda ser posible que las personas puedan coexistir a pesar de la existencia de esa

insociable sociabilidad, la Teoría del Delito establece los principios necesarios que deben aplicarse para que pueda ser viable el mantenimiento de la paz de forma conjunta con el respecto a los derechos de la persona y la garantía de su debida tutela. Al día de hoy, se aplican principios como el de intervención mínima donde se pauta que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. Se erige que siguiendo lo pautado en el principio de legalidad, en el cual se establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el "imperio de la ley". Cabe hacer mención que los últimos dos principios expuestos no configuran los únicos existentes, pero sí destacan entre los que tienen mayor protagonismo en el escenario de la aplicación del Derecho Penal contemporáneo, en consideración al auge de corrientes garantistas que tienen como fin el velar por el cumplimiento irrestricto del respeto a los derechos fundamentales de la persona procesada, y de que el Derecho Penal pueda regir únicamente en última ratio en vista a vías de acción menos lesivas a la persona y más eficaces al tutelar el bien jurídico.

Por ende, este libro tiene la finalidad de formar tanto al estudiante de Derecho como al jurista en ejercicio en las nuevas tendencias de la disciplina, considerando las nuevas corrientes existentes que le otorgan protagonismo a distintos principios del Derecho Penal, los cuáles serán vitales para su adecuada aplicación en la palestra actual. Asimismo, sentará las bases de los componentes principales de la Teoría del Delito, una de las teorías más vastas y complejas del Derecho como un todo, la cual sigue en constante evolución gracias a los cambios evaluados en la sociedad mediante la jurisprudencia reciente.

FRANK ALMANZA

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 1
EL DELITO

I. Teoría del delito 23
1. Generalidades 23
2. Teorías que explican el delito 25
a. Teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt, Ernst von Beling) 25
a.1. Presupuesto metodológico 26
a.2. La teoría de Binding 29
a.3. El concepto de delito de Beling 31
a.4. La tesis de von Liszt 35
b. Teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger) 38
c. Teoría del finalismo (Hans Welzel) 39
d. Teoría del funcionalismo (Claus Roxin: funcionalismo moderado / Günther Jakobs: funcionalismo sociológico o radical) 45
II. Elementos del delito 58
III. Conceptos, sujetos y objeto 60
1. Concepciones 60
a. Concepciones formales o nominales 62
b. Concepciones substanciales o materiales 62
c. Concepción jurídica del delito 62
d. Concepción filosófica del delito 64

e. Concepción dogmática del delito 65
f. Concepción sociológica del delito 68
2. Sujetos del delito 69
a. Sujeto activo del delito 69
b. Sujeto pasivo del delito 71
c. Capacidad y personalidad. Persona y sujeto de derecho 73
d. Personas jurídicas o colectivas 75
3. Objeto material u objeto material de la acción 76
4. Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido 77
5. Objeto formal del delito 78
6. Condición necesaria del delito *(conditio sine qua non)* o criterio objetivo de punibilidad 79
IV. La punibilidad 80
1. Concepto 80
2. Condiciones objetivas de punibilidad 81
3. Las causas de exclusión de la pena 82

CAPÍTULO 2
LA ACCIÓN

I. Teorías 87
1. Teoría de la acción causal o natural 88
2. Teoría de la acción finalista 90
3. Teoría de la acción social 95
II. La conducta 99
1. Definición 99
2. Características de la conducta 100
3. Elementos de la conducta 101
a. Conciencia 101
b. Voluntad 101
4. Causas que excluyen la conducta 102
III. Concepto, elementos y fases de la acción 104
1. Concepto de la acción 104
2. Elementos de la acción 105
a. La manifestación de la voluntad (impulso volitivo) 105
b. El resultado 105
c. La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado 105

3. Sujeto de la acción 108
4. Ausencia de la acción 108
5. Fases de la acción 113
6. Acción y resultado 114
IV. La acción y la causalidad 114
1. Teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non (von Bury)* 114
2. Teoría de la causa adecuada (von Kries) 115
3. Teoría de la causa típica (Ernst von Beling, Edmundo Mezger) 115

CAPÍTULO 3
LA OMISIÓN

I. Definición y elementos 119
1. Definición 119
2. Elementos 120
II. Clases de delitos de omisión 121
1. Delitos de simple omisión u omisión pura o propia 121
2. Delitos de comisión por omisión u omisión impropia 124
3. Posición de garantía 127
a. Teoría formal del deber jurídico 128
b. Teoría de las funciones 129
b.1. Función de protección de un bien jurídico 129
b.2. Deber de control de una fuente de peligro 132
4. Atenuación facultativa de la pena 134
III. La omisión y otras figuras penales 136
1. Omisión y causalidad 136
2. Delito material (o de resultado) 137
3. Delito formal (delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad) 137

CAPÍTULO 4
ITER CRIMINIS

I. *Iter criminis* 141
1. Fase interna 142
a. Ideación 142
b. Deliberación 142

c. Decisión 142
2. Fase externa 143
a. Actos preparatorios 143
b. Ejecución 144
c. Consumación 145
II. La tentativa 147
1. Definición 147
2. Fundamento de la punición de la tentativa 148
a. Teorías objetivas 148
b. Teorías subjetivas 149
c. Teorías mixtas 149
3. Elementos de la tentativa 150
4. Clases de tentativa 151
a. Tentativa acabada 151
b. Tentativa inacabada 152
c. Tentativa inidónea 153
5. El desistimiento 153
a. El desistimiento en la tentativa acabada 154
b. El desistimiento en la tentativa inacabada 155

CAPÍTULO 5
LA TIPICIDAD

I. El tipo 159
1. Definición 159
2. Faz objetiva del tipo 159
a. Conducta 159
b. Nexo entre la conducta y el resultado 159
3. Teoría de la imputación objetiva 160
4. Resultado 161
II. Causas de justificación 165
III. El tipo penal, la tipicidad y la tipificación penal 166
1. Tipo penal 166
2. Tipicidad 167
3. Categorías del tipo 168
4. Elementos del tipo 169
5. Funciones del tipo 171

a. Función garantizadora 171
b. Función fundamentadora 172
c. Función motivadora 173
d. Función sistematizadora 174
6. Evolución del tipo penal 174
a. Etapa de la independencia del tipo 174
b. Etapa indiciaria 175
c. Etapa de la *ratio essendi* 175
d. El tipo en la teoría finalista de la acción 176
7. *Tatbestand y corpus delicti* 176
8. Importancia del tipo 177
a. Garantía procesal 177
b. Garantía penal 177
9. Estructura del tipo 177
a. Sujeto activo y sujeto pasivo 178
b. Bien jurídico 179
10. Ausencia de tipo 180
11. Juicio de tipicidad 181
IV. La causalidad 182
1. Teorías sobre la causalidad en derecho penal 182
a. Teoría de la equivalencia de condiciones 183
b. Teoría de la causa eficiente 185
c. Teorías de la adecuación social (Von Cries, Welzel) 186
d. Teorías individualizadoras de la causalidad 186
2. Dificultades prácticas de la teoría de la equivalencia 187
a. *Regressus ad infinitum* 187
b. Las dificultades como método de comprobación posterior 189
c. Casos de causalidad alternativa 190

CAPÍTULO 6
IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Respecto a la misión del derecho penal 195
1. De la causalidad a la imputación objetiva 195
2. La imputación objetiva como superación de las teorías de la causalidad natural 198
a. Acercamiento conceptual 198

b. ¿Qué es imputación? 199
c. ¿Por qué objetiva? 199
3. Origen doctrinal de la imputación objetiva 200
4. Tesis de Roxin 210
4.1. Creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado 210
a. La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo 210
b. La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro 211
c. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos 211
d. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido 212
4.2. La realización del riesgo no permitido 212
a. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro 213
b. La exclusión de la imputación objetiva si falta la realización del riesgo no permitido 213
c. La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado 213
d. Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento de riesgo 214
4.3. El alcance del tipo 215
a. La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa 215
b. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste 215
c. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena 216
d. Otros casos 216
5. Tesis de Jakobs 216
6. Estadios de la imputación objetiva 218
II. Desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva 219
III. La teoría de la imputación objetiva desde el funcionalismo moderado de Roxin 221
1. Criterios delimitadores de la responsabilidad en el riesgo 222
a. Aumento del riesgo no permitido 222
b. Creación de un riesgo no permitido 226
c. No neutralización del riesgo no permitido por quien está obligado a ello 227
d. Incremento del riesgo no permitido 227
e. Disminución del riesgo 228
f. Exclusión de la realización del riesgo no permitido 228
g. Alcance del tipo 229
IV. La teoría de la imputación objetiva o normativa desde el funcionalismo de Jakobs 230
1. El desarrollo de las competencias en el funcionalismo radical 233

a. Las competencias por organización 233
b. Las competencias institucionales 233
2. El rol de la persona en la sociedad 235
3. La autodeterminación personal, dentro de los roles y la posibilidad de elegirlos 241
V. Los filtros de la teoría de la imputación objetiva: la teoría del riesgo, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la imputación a la víctima 246
1. El riesgo permitido 249
2. Riesgo insignificante 260
3. El principio de confianza 261
• Condiciones de posibilidad y excepciones del principio de confianza 276
• ¿Principio de confianza en instituciones públicas jerarquizadas? 278
• ¿Principio de confianza por vínculos familiares? 279
4. La prohibición de regreso 287
5. La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima 298
VI. Imputación objetiva de resultado 307
1. Interrupción del nexo de imputación 309
2. Riesgos concurrentes 310
3. Daños consecuenciales o derivados 312
4. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva 312
5. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto . 313
a. Cumplimiento de deberes 313
b. Obrar por disposición de la ley 314
c. Consentimiento 315
VI. Comentarios finales respecto a la autonomía de los criterios normativos de imputación en la imputación objetiva funcionalista 316

CAPÍTULO 7
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. El dolo 325
1. Error de tipo como cara negativa del dolo 327
2. Clases de dolo 328
a. Dolo directo 328
b. Dolo indirecto 329
c. Dolo eventual 329
d. Dolo de consecuencias necesarias 331

3. Presunción del dolo 331
4. Error de tipo como faz negativa del dolo 331
5. Elementos subjetivos distintos del dolo 333
a. Tendencia interna trascendente 334
b. Tendencia interna intensificada 334
II. La ignorancia deliberada o ceguera voluntaria *(willful blindness)* 335
1. Acercamiento conceptual 335
2. Evolución histórica 339
3. Discusión doctrinaria de la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria en el derecho de corte eurocontinental 344
4. Críticas a la teoría de la ignorancia deliberada 346
5. Concepto de ignorancia deliberada o ceguera voluntaria 349
6. La recepción de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia española . 353
7. La recepción de la ignorancia deliberada en el Perú 358
8. Fundamento de la ignorancia deliberada dentro de la teoría del delito y la teoría general del derecho 361
9. La ignorancia deliberada como forma de imputación extraordinaria (modelo de excepción) 364
10. Aplicación práctica de la ignorancia deliberada 367
11. Reflexiones finales sobre la ignorancia deliberada 370
12. Conclusiones 371
III. La culpa o tipo imprudente 372
1. Clases de culpa 372
a. Culpa consciente o con representación 374
b. Culpa inconsciente o sin representación 375
2. Estructura del tipo imprudente 375
3. La infracción del deber objetivo de cuidado 376
4. El baremo exigible para el deber objetivo de cuidado 378
5. La codelincuencia en el tipo imprudente 378
6. La participación delictiva en los delitos imprudentes 380
7. Causas de atipicidad 383
8. Error de tipo 383
Jurisprudencia nacional relacionada con este capítulo 385

CAPÍTULO 8
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. Autoría y participación delictiva: extensión o complemento de la tipicidad... 393

II. Autoría y participación en los delitos de dominio 394
1. La concepción unitaria de autor 395
2. La concepción extensiva de autor 396
3. La concepción restrictiva de autor 397
4. La teoría del dominio del hecho 398
III. Autoría directa 400
IV. Autoría mediata 400
1. Supuestos de autoría mediata 405
a. Autoría mediata por utilización dolosa de un tercero que actúa sin dolo 405
b. Autoría mediata por utilización de un tercero que actúa sin libertad .. 406
c. Autoría mediata por utilización de tercero que actúa justificadamente 406
d. Autoría mediata por utilización de un tercero inimputable 407
e. Autoría mediata en un aparato organizado de poder 407
2. Características de la autoría mediata en aparatos organizados de poder 409
3. La autoría por dominio de la organización en estructuras estatales 411
V. Coautoría 412
1. La coautoría sucesiva 414
2. La coautoría aditiva o agregada 414
3. La coautoría alternativa 415
VI. La participación delictiva 423
1. Principios de la participación 424
a. Convergencia en la participación 424
b. Principio de accesoriedad en la participación 424
c. Incomunicabilidad de las condiciones personales 424
2. Formas de participación 425
a. La instigación 425
b. La complicidad 429
b.1. Complicidad primaria 431
b.2. Complicidad secundaria 431
VII. Autoría y participación en delitos de infracción de deber 436
1. Acercamiento conceptual 436
2. Objeciones a la teoría de los delitos de infracción del deber 439
3. Delitos de Infracción de deber y delitos especiales (diferencias) 440
4. La autoría en los delitos de infracción de deber 440
5. ¿Coautoría en delitos de infracción del deber? 441
6. Participación delictiva en delitos de infracción de deber 442
a. Teoría de la unidad del título de imputación 443

b. Teoría de la ruptura del título de imputación 444
VIII. La omisión impropia en los delitos de infracción de deber 446

CAPÍTULO 9
LA ANTIJURICIDAD

I. Definición 451
II. Evolución del concepto de antijuridicidad 458
III. Relaciones propuestas entre tipo y antijuridicidad 461
1. Tipo valorativamente neutro o acromático en relación a la antijuridicidad 462
2. El tipo como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad 462
3. La teoría de los elementos negativos del tipo 463
IV. Causa de justificación 463
1. Presupuesto de causa de justificación 463
2. Error sobre presupuestos de la causa justificación 464
V. Clases de antijuridicidad 464
1. Antijuridicidad formal y material 464
2. Antijuridicidad genérica y específica 466
VI. Características y relaciones 467
1. Antijuridicidad y tipicidad 467
2. Límite de la antijuridicidad: la tipicidad 468
3. Relación entre tipicidad y antijuricidad 468
4. Fundamentos admitidos en la antijuricidad 471
VII. La faz negativa de la antijuridicidad: las causas de justificación 472
1. Presupuesto normativo de las causas de justificación 474
2. Aspecto objetivo de las causas de justificación 476
3. Aspecto subjetivo de las causas de justificación 476
4. El efecto de las causas de justificación 478
VIII. Las causas de justificación en particular 480
1. La legítima defensa 480
a. Concepto 480
b. Fundamentos 483
c. Requisitos 483
d. Exceso en la legítima defensa 491
e. Legítima defensa propia y la de terceros 491
f. Legítima defensa incompleta o imperfecta 491
g. Legítima defensa putativa 492

h. Legítima defensa y estado de necesidad 493
2. Estado de necesidad 495
a. Concepto 495
b. Elementos 498
c. Fundamentos, conflicto de intereses y falta de peligrosidad 498
d. Características 499
e. Condiciones para la justificación 500
3. Obediencia jerárquica 500
4. Otras causas de justificación según el principio de ausencia de interés 501

CAPÍTULO 10
LA CULPABILIDAD

I. Introducción 505
II. La concepción funcionalista de la culpabilidad 508
1. La responsabilidad en Roxin 508
2. El concepto funcional de culpabilidad de Jakobs 510
3. Concepto de culpabilidad en Zaffaroni 511
4. Responsabilidad en Bustos Ramírez 512
III. Definición de culpabilidad 514
IV. Elementos de la culpabilidad 518
1. Imputabilidad o capacidad de culpabilidad 518
a. Concepto 518
b. Causas de inimputabilidad 521
c. Otras causas de exclusión de la imputabilidad 527
2. Conocimiento de la antijuridicidad 543
a. Error de prohibición 544
b. Error de prohibición culturalmente condicionado 545
3. Exigibilidad de otra conducta 554
a. El estado de necesidad exculpante 555
b. La obediencia debida 559
c. Miedo insuperable 562
Jurisprudencia nacional relacionada con este capítulo 566

SEGUNDA PARTE
CASOS PRÁCTICOS

I. Acción 569
II. Tipo 573
III. Antijuridicidad 579
IV. Culpabilidad 585

Bibliografía 589

PRIMERA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 1
EL DELITO

Resumen de este capítulo

En este capítulo se desarrollan temas ligados a la teoría del delito, a las diferentes concepciones en torno del concepto del delito, concepción filosófica, jurídica, sociológica, definición jurídica, sujetos del delito: sujeto activo (como órgano de representación de las personas jurídicas) y el sujeto pasivo, objeto jurídico u objeto de protección de la ley penal, objeto material del delito.

I. TEORÍA DEL DELITO

1. Generalidades

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana[1].

Para el estudio de la teoría del delito recurriremos a la dogmática, que no es otra cosa que el estudio del dogma, más específicamente la interpretación del dogma. En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática.

Bajo este concepto, podemos señalar estas características propias de la teoría del delito[2]:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- Son hipótesis[3], pues son enunciados que pueden probarse, atestiguarse o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.

---

1 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general,* Tirant lo blanch Valencia, 2002, p. 203.

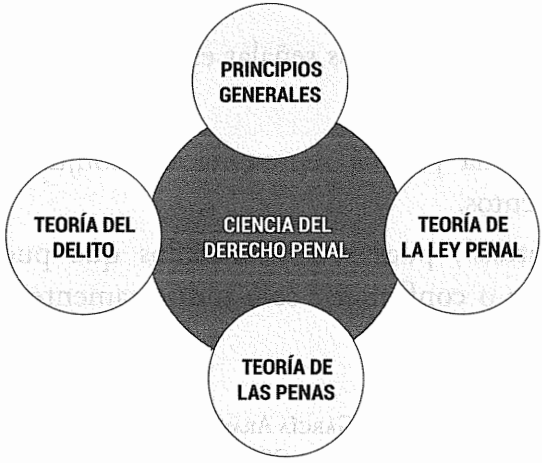
2 En esta línea de ideas: Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho Penal. Parte general,* 4ª reimpresión de la 2ª edición, Cárdenas, México D.F., 1998, p. 18.

3 Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito,* Juricentro, San José, 1985, p. 143.

- Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo
- Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO	
• Es un sistema	Representa un conjunto ordenado de conocimientos.
• Son hipótesis	Son enunciados que pueden probarse, atestiguarse o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
• Posee tendencia dogmática	Al ser parte de una ciencia social, no existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
• Consecuencia jurídico-penal	El objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

En el siguiente **diagrama** podemos ubicar a la teoría del delito dentro del panorama general de la ciencia penal:

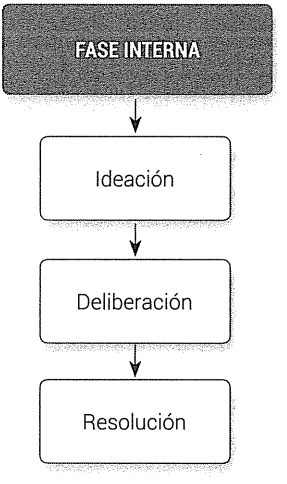


Existen diversas teorías que tratan de explicar el delito y que se han ido desarrollando dogmáticamente. Entre las principales tenemos:

2. Teorías que explican el delito

a. Teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt, Ernst von Beling)

Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases **interna** (ideación, deliberación, resolución) y **externa** (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta.





a.1. Presupuesto metodológico

Cuando el positivismo, como movimiento cultural de ámbito general, invadió el espíritu de la segunda parte del siglo XIX, hacía ya tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático. Durante todo el siglo pasado, desde Feuerbach, el objeto de estudio de nuestra ciencia fue en Alemania el derecho positivo. No hubo que esperar en ese país a que el positivismo se tradujese en positivismo jurídico, como ocurrió en Italia, en donde hasta 1910, con la dirección técnico-jurídica de inspiración positivista, no giró la ciencia a la elaboración de las leyes positivas. En este sentido, el positivismo jurídico no tuvo en Alemania tanta trascendencia como en Italia.[4] [5]

---

4 MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método,* 2ª ed., reimpr., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 187.

5 Por otra parte, se originó en Italia la *scuola positiva*, influenciada por la filosofía positivista de COMTE, del evolucionismo de DARWIN y SPENCER, y del naturalismo de MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, favorecidos por el espectacular proceso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX. Baste recordar que mientras el fundador de la *scuola*, Cesare LOMBROSO, inició una concepción antropológica de las causas del delito (el delincuente es un ser constitucionalmente anormal, caracterizado por su atavismo), Enrico FERRI añadió el estudio de los factores sociales (el delito

La irrupción del positivismo y su proyección sobre las denominadas ciencias del espíritu, hizo que se considerara que lo importante era examinar todo desde un punto de vista mecanicista. Las leyes de la naturaleza regían el universo, incluso sobre las ciencias sociales. Esta concepción, al trasladarse sobre el Derecho penal, produjo un cambio de óptica, pues ahora la concepción del delito tenía que girar alrededor de la causalidad y el resultado[6]. Nos encontramos con unas ideas penales dominantes por la filosofía positivista, en la que el delito se concibe como un ente jurídico relativo a un hecho natural, que debe ser examinado con el método propio de las ciencias naturales. Por esta razón, las valoraciones estaban excluidas del método clásico. En efecto, el positivismo surge como reacción frente a la filosofía del derecho natural[7] y frente a la orientación metafísica idealista alemana[8], por ello, la filosofía positivista no acepta ni los valores ni el pensamiento metafísico. Se considera que no es admisible el pensa-

---

es producto de anormalidades biológicas y sociales), el tercer representante del positivismo italiano fue Rafael GARÓFALO, cuya principal obra fue *Criminología*. Posteriormente en Italia le sigue la *terza scuola,* cuyos representantes son: Manuel CARNEVALE, Bernardino ALIMENA, seguidos por LONGHI y SABATINI. De esta manera los penalistas italianos enrumban un camino distinto a sus contemporáneos penalistas alemanes.

6 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, pp. 38-39.

7 Con el nombre de positivismo se designa en sentido estricto la filosofía positiva o natural de Augusto COMTE, especialmente su parte gnoseológica, y en sentido amplio el utilitarismo, el pragmatismo y el naturalismo. El positivismo pretende que no hay más conocimiento que el de los hechos y el de las relaciones entre estos. Por tanto, niega el conocimiento metafísico y apriorístico. La ciencia es un conocimiento encadenado a la experiencia. Primero están los hechos, después las ideas (MANTILLA PINEDA, Benigno, *Filosofía del derecho,* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 98).

8 Las ideas de FEUERBACH significaron un vigoroso impulso para el desarrollo de la cultura progresista alemana. Su materialismo ejerció fecunda influencia sobre muchos pensadores avanzados. Paulatinamente, FEUERBACH expresa su crítica de la teología y se aproxima al materialismo.

miento metafísico por cuanto no es posible conocer lo absoluto ni las causas eficientes ni finales de las cosas. Por ello estiman los partidarios de esta filosofía que el conocimiento de la realidad no es posible a través del pensamiento abstracto apriorístico, sino que es necesario acudir a los hechos, observados y estudiar las leyes que rigen los fenómenos naturales. Es preciso "restringir la ciencia estrictamente a los "hechos" y a su legalidad empíricamente observable[9].

RECUERDA

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.

Junto a ello, el positivismo jurídico, como reacción frente al derecho natural, solo atiende y reconoce las normas publicadas en un Estado. Ellas son las únicas existentes y las que deben tener en cuenta y ser estudiadas. Es una filosofía que, en el ámbito jurídico, se caracteriza por la reverencia a la ley positiva. Aunque el positivismo aparece con Bodin (1530-1596) y de forma radical con Hobbes (1588-1679), posteriormente fue abandonado y reapareció con fuerza en el siglo XIX a través de Austin (1790-1859).[10] Sobre todo con los aportes de la filosofía positivistas de Auguste Comte (1798-1857), Jeremías Bentham (1748-1832) y luego por John Stuart Mill (1806-1873).

9 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* traducción de Rodríguez Molinero (de la 4ª edición alemana, 1979), Barcelona, 1994, p. 57; López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, p. 51.

10 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, pp. 51-52.

La teoría clásica en el derecho penal es el primer planteamiento doctrinario propiamente dogmático de la elaboración de penalistas alemanes como Binding, Beling, von Liszt y, en cuanto a su orientación y fundamento filosófico, también de penalistas anteriores a estos, especialmente de Feuerbach. Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del mismo positivismo que originaría en Italia el tecnicismo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a Feuerbach el "fundador (mejor: *Neubegründer*) de la ciencia del derecho penal alemana", como escribió von Liszt. Desde la aparición de su *Revisión* y su *Lehrbuch* hasta la obra de Binding, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo "intensiva y extensivamente".[11] A continuación estudiaremos a cada uno de ellos, indicando su principal aporte en la evolución de la teoría del delito.

a.2. La teoría de Binding

Según Luis Jiménez de Asúa[12], Binding comenzó el año 1872 (en que está fechado el prólogo del tomo primero de su ingente obra) la construcción laboriosa —que consumiría su vida plena— de la "teoría de las normas". Por lo que afecta al derecho penal, Binding destacó que lo que viola el ladón no es ley, sino el principio que prohíbe robar. "Hallaron los pueblos antiguos —dice el gran maestro alemán— y hallan los nuevos, la naturaleza del delito en que infringe la paz, el derecho, la ley. De aquí le viene su nombre". Mas a juicio de Binding, "dos faltas obscurecen la verdad esencia de aquel principio. Se identifica el principio penal (*Strafrechtssatz*), según el cual será

11 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método,* cit., p. 177.

12 Quien mejor conocedor de la teoría clásica y neoclásica del delito que el maestro español Luis Jiménez de Asúa —discípulo del maestro berlinés von Liszt— quien elaboró en sus extensos tratados, importantes conocimientos que en la actualidad son de mucha importancia para la historia del derecho penal.

juzgado el delincuente, con el principio jurídico (*Rechtssatz*), que él infringe. Si la ley dice: "Quien sustrae a otro, de propósito, una cosa mueble ajena, para apropiársela injustamente, será castigado con prisión por hurto" es que forma, con este precepto, la premisa mayor en el juicio sobre el ladrón; con la acción raptora del delincuente, la premisa menor, y con la ejecutoria de la pena, la conclusión. La pena, solo así y desde luego, puede ser pronunciada, porque está descrita en aquella ley. Lejos de infringir el delincuente la ley penal, según la que será sentenciado, debe él más bien y siempre, para que pueda ser castigado conforme a ese artículo de la ley en su primera parte, haber obrado al unísono con ella.

CAUSALISMO NATURALISTA O ESCUELA CLÁSICA DEL DELITO		
ACCIÓN (Acción causal) (Movimiento corporal voluntario - Relación de causalidad)		
TIPICIDAD	**ANTIJURICIDAD**	**CULPABILIDAD**
• Objetiva • Descriptiva	• Objetiva • Valorativa	• Psicológica • Formas: dolo y culpa • La imputabilidad es un presupuesto • Conocimiento de la ilicitud

Esa primera parte exige caracterizar precisamente la acción punible. En ella reside una transgresión legal y así la describe la ley penal. En otras palabras: la ley que transgredió el delincuente va delante, en el concepto y en la regulación, pero no así en el tiempo de la ley que prescribe la manera y la naturaleza del juicio. De esta equivocada identificación depende la concepción muy extendida, pero igualmente errónea, de que el delincuente transgrede una "ley penal", cuando se mostrará cómo su acto significa, en todo caso, la infracción de una ley en sentido amplio, esto es, de un principio jurídico, pero de modo alguno la infracción de una pena conminada o descrita por la ley penal".[13] La teoría de las normas de Binding no

13 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* 4ª ed., Losada, Buenos Aires,

solo dio nacimiento a las modernas definiciones dogmáticas del delito, comenzando por la de Beling, sino que se expande hasta llegar a tener eco en autores que no siguen rigurosamente sus ideas y que incluso desconocen lo esencial de sus tesis. Binding, desde su positivismo radical, reverenciaba la norma como objeto indiscutible dado que era un producto de un legislador inequivocable.



Carl Binding (n. 6 de abril de 1841 - m. 7 de abril de 1920) fue un jurista alemán que en 1872 publicó Las normas y su trasgresión *(Die Normen und ihrer Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handeln und die Arten des Delikts)*, donde señala que el delincuente, al cometer un delito, confirma la ley, no la contradice.

a.3. El concepto de delito de Beling

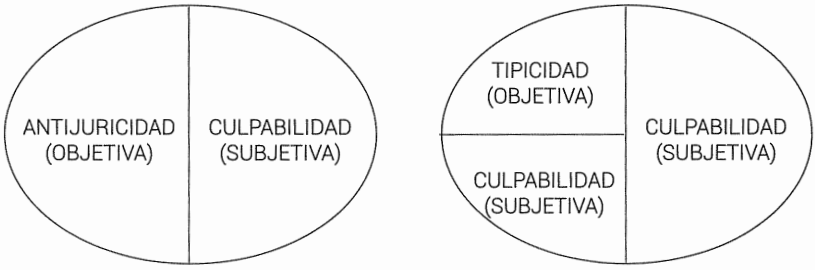
Ernst von Beling no creyó contrariar las doctrinas de Binding, a quien miraba como maestro, sino que quiso desenvolverlas en la técnica jurídica. Pero Carl Binding, con su excesivo tronar olímpico, arremetió contra él, incluso en el impropio lugar de su *Compendio*, en una de cuyas notas dice que es de lamentar la enorme cavilación que supone la teoría de Beling, así como la audacia de quien defiende las consecuencias de su doctrina de la tipicidad, en un caso concreto, ya que no puede rendir provecho alguno a los juristas.[14]

Beling llega a su definición del delito después de numerosas rectificaciones. En la primera edición de sus *Grundzüge*, hecha en 1889, daba un concepto en un todo similar al que exponía von Liszt: "Acción punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio), es la acción

1964, T. III, pp. 53-54.

14 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, cit., T. III, p. 55.

antijurídica y culpable, conminada con pena". Aún no había elaborado su doctrina del tipo legal, como carácter meramente descriptivo, y hablaba del *Tatbestand*, como era muy utilizado, en su aspecto "subjetivo" y "objetivo". Ahora bien, encontramos en esta primera edición de sus *Grundzüge* gérmenes de la doctrina que luego había de ser tan fecunda, aunque en las palabras que vamos a transcribir hubiese más influjo bindingniano que promesas de desarrollo futuro: "En su sentido propio —dice— se entiende por ley penal (*Strafgesetz*), solamente un cierto principio jurídico penal (*Strafrechtssatz*), que en un determinado tipo legal (*Tatbestand*) (primera parte de la ley penal), basa una sanción penal o conminación penal (*Strafdrohung*) (segunda parte de la ley penal). Por el tipo legal (*Tatbestand*) ha de entenderse la descripción de aquella violación del Derecho que debe ser hallada en la concerniente sanción".[15]



Antes de Beling — Desde Beling

Mas en 1906 quiso librar a la construcción del delito del elemento, que él juzgó tautológico, de estar conminado con una pena, y quiso reemplazarlo por el conjunto de condiciones que el hecho ha de reunir para acarrear la consecuencia punitiva. Decir que el delito es lo penado por la ley, equivale —según el gran profesor y tratadista— a definir una casa habitación como una casa, con comedor, alcoba, etc., destinada a ser habitada. La *punibilidad*, afirma, ha de ser uno de los elementos

15 Loc. cit.

del delito y no entrar en la definición para evitar la tautología. Beling cree conseguido entonces con esta fórmula: "es delito la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficientemente para las condiciones de la sanción penal".[16] En esta concepción aparece ya la tipicidad o "adecuación típica", con su papel nuevo y rector, y cada uno de los caracteres, si bien al servicio del todo, figuran con sus funciones propias y distintas. Para ser delito un acto debe reunir estos requisitos: acción; descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista antijuricidad; dolosa o culposa, o sea, que medie culpabilidad, sancionada con una pena, lo que equivale a decir, aunque el propósito fuera el de mirarlo como mera consecuencia, que tenga fijada una penalidad; y que se den, además, las condiciones objetivas de penalidad.

RECUERDA

La teoría del causalismo naturalista se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal.

La crítica se descargó contra Beling —obligándole a modificar su definición—, especialmente por el hecho de mantener aún en ella "conminación penal", y por la excesiva independencia con que enunciaba la adecuación típica. Es exacto que Beling criticó ya, en su *Teoría del delito*, la "amenaza penal" como características, pero la incluyó en la definición, lo que le valió la censura de Mayer que dijo que ello era una "fórmula pleonástica". Todavía en la octava edición de sus *Grundzüge* (1925), definía así el delito: "Acción punible es una acción, típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad". En

16 Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal,* cit., T. III, p. 56.

la décima edición de sus *Principios* sigue hablando de que la acción ha de estar "cubierta con una sanción penal adecuada", motivando que Mezger le acuse de "tautología". En la última edición de aquella obra, todo cambia: el requisito típico no aparece independiente, se suprime la adecuación a una pena, y se formula negativamente la condición de penalidad: "Acción punible (delito en el sentido amplio) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa material de exclusión de penalidad".[17]

Las censuras al concepto de Beling, y sobre todo a la tipicidad, han sido constantes. Franz von Liszt consideraba innecesario enumerar esa característica, porque el requisito de estar "sancionado con una pena", que es el carácter específico del delito, supone previa descripción de los actos que se conminan con la sanción. Por eso von Liszt dice que su concepto del delito está "de acuerdo en esencia" con el de Beling, lo que no es exacto. Por su parte, Robert von HIPPEL, criticando la definición de delito que dio Beling, argumentando que es nuevo el concepto "típico" y los caracteres de la adecuación de la sanción penal a la culpabilidad, como también las condiciones legales de punibilidad, siendo estos dos últimos elementos con contenido explícito, la indicación referente a la necesidad de la amenaza penal legal que Beling quiso ser superflua; pero el elemento típico resulta insuficiente cuando aquella indicación falta: pues una acción solo es "adecuada al tipo", en el sentido del delito, si el derecho positivo asocia la pena como consecuencia jurídica al correspondiente tipo; es decir, si conmina con pena de ejecución. Hippel añade que la característica de tipicidad es inútil, puesto que se deduce de la máxima *nullum crime sine lege*, siguiendo al maestro alemán Feuerbach. Todos los opositores de Beling yerran cuando pretenden suprimir o restar importancia a la tipicidad.

La importante contribución de Beling al desarrollo de la teoría del delito, es sin lugar a dudas su planteamiento sobre la "teoría del tipo",

17 Loc. cit.

dejando las bases en las cuales se irá reconstruyendo la tipicidad hasta nuestros días.



Ernst von Beling (n. 19 de junio de 1866 - m. 18 de mayo de 1932) fue un distinguido catedrático alemán de derecho penal que en 1906 publicó su Teoría del delito *(Die Lehre vom Verbrechen)*. Según la opinión mayoritaria, con esta obra se fundó la teoría del tipo penal. En todo caso, cabe afirmar que Beling renovó la teoría del tipo y desarrolló su potencial para el Estado de Derecho, extrayendo de la máxima nullum crime *sine lege* todas las consecuencias sistemáticas.

a.4. La tesis de von Liszt

Von Liszt (1851-1919), que era discípulo de Ihering (1818-1892), aunque influido claramente por la filosofía positivista, consideró necesario encontrar un fin a la pena, de manera que, frente a las ideas retribucionistas imperantes en la época, von Liszt critica tales posiciones y defiende que la pena solo puede ser justificada y resulta legitimada si tiene un fin. Esto lo llevó a cabo en el famoso *Programa de la Universidad de Marburgo* que se publicó en 1882 con ese título y, más tarde, en 1883, con el título *La idea del fin en el Derecho penal.* Para von Liszt, "la pena correcta —es decir, la pena justa— es la pena necesaria (...) la vinculación total del poder imponer penas a la idea del fin es el ideal de la justicia penal. Únicamente la pena necesaria es la pena justa". Y, como fines o efectos de la pena, señalaba los siguiente: "la corrección, la intimidación y la inocuización" del delincuente. Además, como idea programática, indicó que "el estudio del delito como fenómeno ético social y de la pena como una función social ha de ser el justo punto de atención de nuestra ciencia. Expuestas de forma sintética, estas pueden ser las líneas maestras del Programa de von Liszt que, separándose claramente de Beling (1841-1920), trazaban el camino a seguir por la ciencia jurídico-penal."[18]

18 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., T. I, p. 53.

Se asocia el concepto clásico de delito con el que elaboraron von Liszt (1851-1919) y Beling (1866-1932). La fecha puede establecerse hacia finales del siglo XIX y principios del XX.

TEORÍA DEL CAUSALISMO NATURALISTA

ACCIÓN (ACCIÓN CAUSAL) – MOVIMIENTO CORPORAL VOLUNTARIO – RELACIÓN DE CASUALIDAD		
TIPICIDAD	**ANTIJURICIDAD**	**CULPABILIDAD**
• Objetiva • Descriptiva	• Objetiva • Valorativa	• Psicológica • Formas: dolo y culpa • La imputabilidad es un presupuesto • Conocimiento de la ilicitud

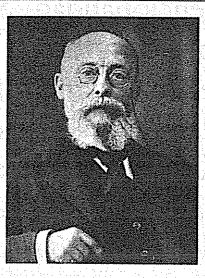
Para von Liszt, el eje del delito es la acción y esta se integra por el movimiento corporal. Todo ello pertenece al mundo exterior y es de carácter objetivo. No en vano al sistema penal elaborado por von Liszt y Beling se le denomina teoría causal. La acción es causalidad, el delito es acción causal y resultado. Concebir el resultado como consecuencia de una relación de causalidad y considerar todo el delito desde el punto de vista mecanicista, lleva a von Liszt a considerar que la modificación del mundo exterior en el delito de injurias está constituida por la provocación de vibraciones en el aire y los procesos fisiológicos en el sistema nervioso de la víctima.

Ahora bien, esto no quiere decir que no se tenga en cuenta el aspecto interno. Von Liszt distingue tres categorías en el delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Tipicidad y antijuridicidad son de carácter objetivo, mientras que la culpabilidad es subjetiva. Por ello, cualquier cuestión que sea objetiva debe permanecer a la tipicidad y a la antijuridicidad, y cualquier cuestión subjetiva corresponde a la culpabilidad. Es obvio que desde este punto de vista el dolo (cuestión subjetiva) debe pertenecer a la culpabilidad.[19] Aunque se acepta la es-

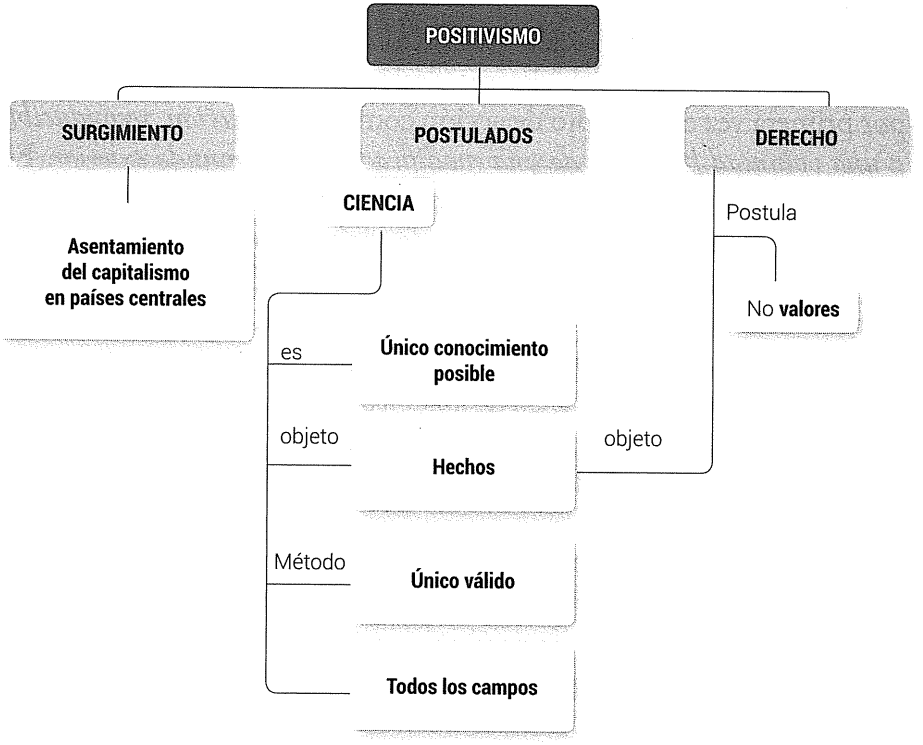
19 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, p. 39.

tructura tripartita (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), existe, no obstante, un predominio de carácter objetivo sobre el subjetivo.

Para conocer el concepto clásico de delito, a continuación, describimos sus rasgos más importantes, sobre la acción causal, la tipicidad, las teorías de la causalidad y, el dolo en la categoría de la culpabilidad.



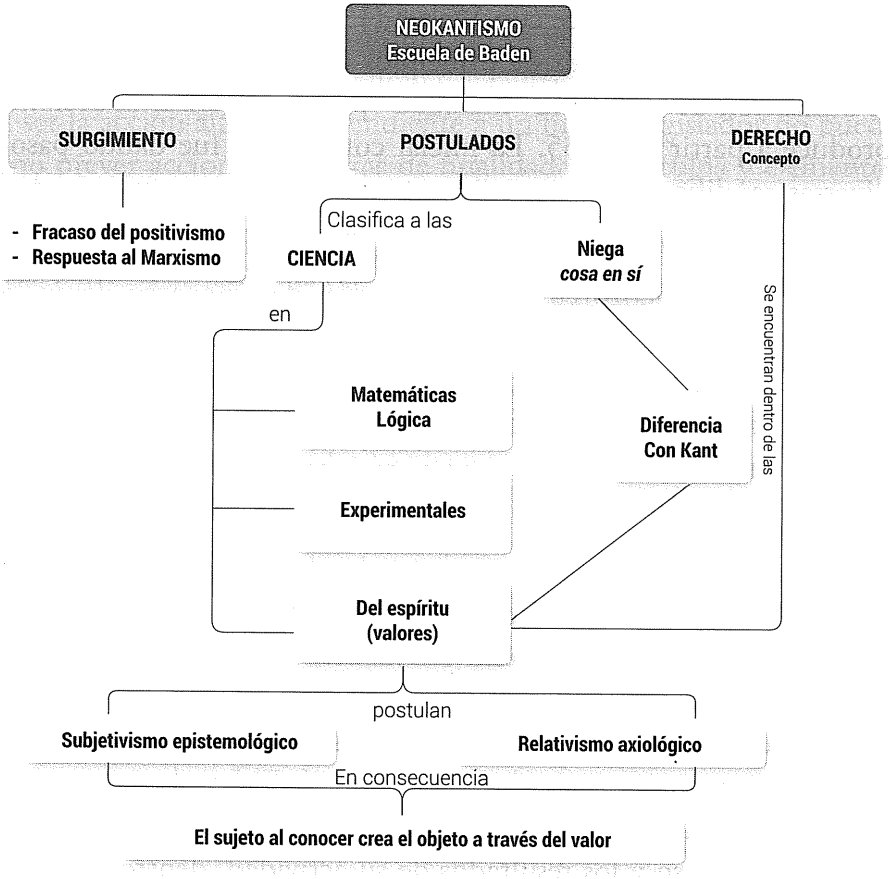
Franz von Liszt (n. 2 de marzo de 1851 - m. 21 de junio de 1917) fue un destacado catedrático de Derecho penal en la Universidad de Berlín. Es autor de La idea de fin en el derecho penal (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*), donde estableció que la acción es un fenómeno causal-natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.



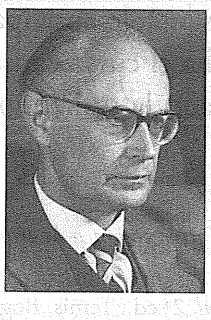
b. Teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger)

Se aparta del formalismo del causalismo clásico tomando como base una perspectiva axiológica. Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad. Se concibe a la antijuridicidad ya no sólo como una oposición formal a la norma jurídica sino además de forma material según el daño que causara a la sociedad, de donde se abre la posibilidad de graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y de establecer nuevas causas de justificación. Por lo que respecta a la culpabilidad se considera como un juicio de reproche al autor del delito y no solamente desde el punto de vista psicológico.

El concepto natural de acción es creación de von Liszt y Beling, quienes son los fundadores del "sistema clásico del delito". Von Liszt define por primera vez el concepto de acción como la *producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior.* En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea. Debido a la imposibilidad del concepto señalado de explicar la omisión, von Liszt formula más tarde una segunda descripción, diciendo que *acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.* Correlativamente, Beling sostiene que existe acción si objetivamente alguien *ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento*, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de *que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad.* En resumen, el concepto de Beling consiste en que *la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad* (es decir, no considera dentro de su concepto el contenido de la voluntad).



c. Teoría del finalismo (Hans Welzel)



Hans Welzel (n. 25 de marzo de 1904 - m. 5 de mayo de 1977) fue un jurista y filósofo alemán, catedrático en la Universidad de Göttingen y en la Universidad de Bonn (desde 1951). En esta última enseñó Derecho penal y Filosofía del derecho y se convirtió en director del Instituto de Filosofía del Derecho de dicha casa de estudios. Es autor de Estudios sobre el sistema del derecho penal (*Studien zum System des Strafrechts*, 1939), donde aparece el bosquejo de un sistema de derecho penal sobre la base de la teoría final de la acción. Sobre la base de esta obra elabora la primera edición de su manual publicado al año siguiente bajo el título: La parte general del derecho penal alemán en sus lineamientos (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*).

La doctrina finalista nace con Welzel (1904-1977) y fue desarrollada por este autor a partir de principios de los años treinta, aunque la utilización de la palabra "finalidad" para caracterizar la acción se produce a partir de 1935. La inicial concepción fue dando paso a diversas modificaciones a medida que se sometía a revisión toda la teoría del delito imperante hasta el momento.[20]

El finalismo comenzó con la formulación del concepto de acción como un concepto ontológico (no jurídico) y final (no causal), que Welzel tomó de la tradición aristotélica-tomista del acto voluntario, sobre a través de la influencia de Brentano y Husserl (concepto de "intencionalidad" de todos los actos psíquicos) y de la "psicología del pensamiento", sin descartar la de Nicolai Hartmann, como se verá luego.

Acción es actividad final humana, no causación de resultados. La causalidad es ciega, la finalidad es vidente. La finalidad consiste en una sobredeterminación de la causalidad por la voluntad, es decir, en la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad. El hombre se propone fines y, gracias a su previo conocimiento de las leyes naturales, puede anticipar el curso y los resultados de su actividad, dentro de ciertos límites. Gracias a ello, puede también seleccionar los medios causalmente necesarios para alcanzar el fin y poner en marcha el proceso causal exterior que conduzca a la realización del objetivo. La voluntad va primero mentalmente hacia el fin (se lo representa, lo anticipa) y desde él regresa a los medios para poner en marcha el curso causal con los medios elegidos, conduciendo el proceso hacia la realización del objetivo.[21]

---

20 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, pp. 83-84.

21 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental,* 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995, Vol. I, pp. 268-269.

La acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.[22]

En otras palabras, queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo.

Según el finalismo, el error de tipo tiene que ver con los elementos del tipo penal, incluyéndose el dolo (ejemplo, matar a otro). En una obra de teatro, un actor piensa que está disparando con un arma de fogueo, pero le pusieron una de verdad y termina matando.[23]

Como es sabido, la teoría final de la acción se apoya en unos presupuestos, que Hirsch formula de la siguiente forma: el "*concepto de acción* es un concepto central, porque el delito consiste en la in-

22 Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía,* Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

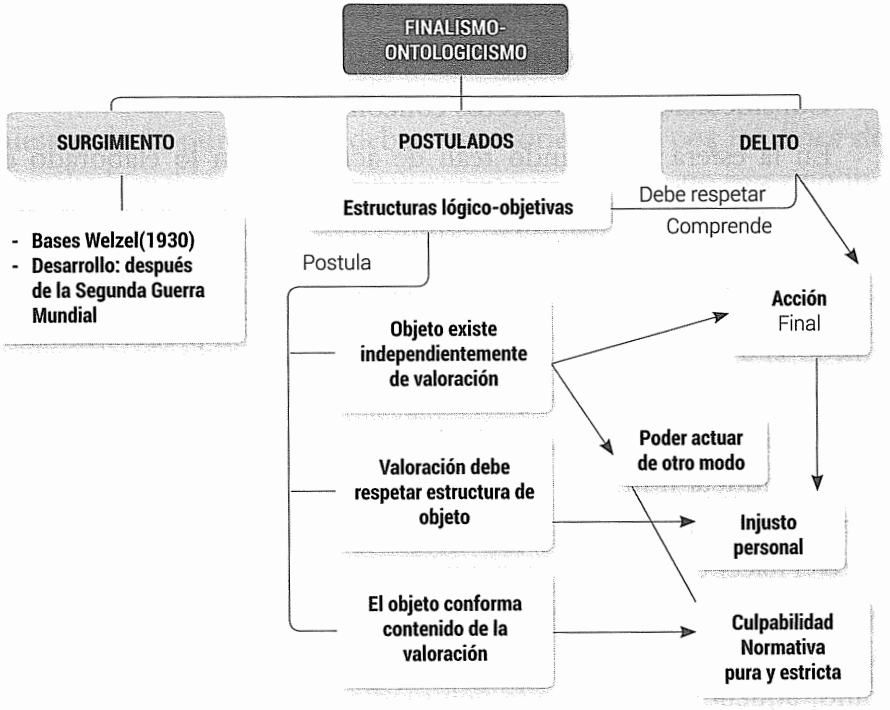
23 Loc. cit.

fracción de prohibiciones o mandatos, y el objeto de ambas clases de normas son las acciones. La prohibición ordena no realizar una acción, mientras que el mandato exige su realización". Definir la acción como "la causación de un resultado derivada de un mero impulso de la voluntad" convierte al concepto de acción en un "producto penal artificial". Welzel se opuso a tal comprensión y recordó "que a la acción pertenece la intención dirigida a su realización objetiva y, por lo tanto, el contenido de la voluntad que la configura: en una acción de homicidio, por ejemplo, la voluntad de matar". A ello le añado la sutil afirmación del finalista Jürgen Weidemann: "La enfermera que inyecta imprudentemente el veneno no realiza una acción homicida, como no infringe la preferencia de paso el conductor que no advierte una señal de Stop", y sería mejor no designar al correspondiente delito imprudente como una "acción imprudente", porque tal designación "es contradictoria en sí misma".

En cuanto a la función del derecho penal, Welzel[24] consideraba que la protección de bienes jurídicos no era un objetivo primordial, sino que no su misión es la proteger los valores fundamentales de la comunidad. Los valores del actuar conforme a derecho "constituyen el trasfondo ético-social positivo de la normas jurídico-penales" siendo entonces la misión central del derecho penal el "asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores". Ahora bien, evidentemente "al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores. Por ello la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, pues cuando entra efectivamente en acción, por lo general, ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes completos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores del

24 Loc. cit.

acto de la conciencia jurídica. De ahí que la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo.[25]



Welzel elaboró la teoría del injusto personal, pues, a su juicio, la estructura final de la acción conducía a la concepción individual del injusto.

Consideraba Welzel que la concepción causal de la acción era irreal y abstracta, y por ello, frente a dicha concepción planteaba un concepto de acción desde un punto de vista ontológico. La acción que estamos examinando no es una acción abstracta inventada por el legislador, sino que el concepto de acción es anterior y plenamente real, aplicable a un ser real y cierto.

25 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, p. 85.

Así pues, conforme indica Welzel,[26] la dirección final de una acción humana se desarrolla en dos fases:

- En la esfera del pensamiento: anticipación del fin (fijación de la meta).
- Selección de medios.
- Consideración de los efectos concomitantes.
- En la esfera del mundo real: de acuerdo con lo elaborado en la esfera del pensamiento, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real.

El que quiere matar a otro, elige convenientemente los factores causales y los dispone de modo que pueda alcanzar el fin predeterminado.

En definitiva, como expone Maurach (en una definición que ha tenido gran predicamento entre la doctrina), debe considerarse acción toda "conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado". A juicio de Maurach, este concepto "abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve pues de base al delito de comisión y al de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos) como, aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hechos culposos)".[27]

FINALISMO - ACCIÓN FINAL		
ACCIÓN (Ejercicio de actividad final)		
LO INJUSTO		**CULPABILIDAD**
TIPO	**ANTIJURICIDAD**	
• Objetivo / subjetivo • Descriptivo / valorativo • Dolo, culpa y elementos subjetivos	• Objetiva / subjetiva • Valorativa	• Imputabilidad • Conocimiento de la ilicitud • Exigibilidad (Reprochabilidad)

26 Welzel, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía,* cit.

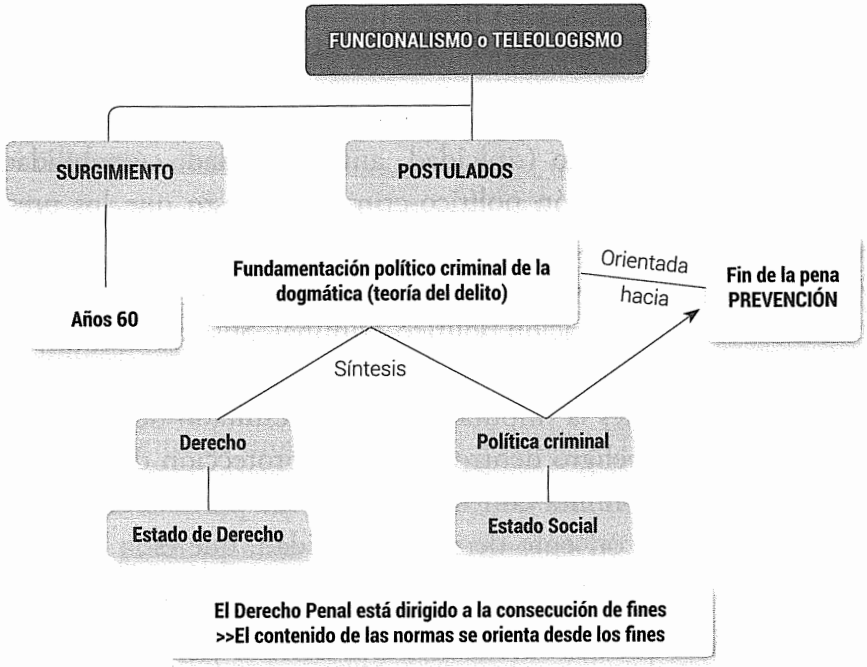
27 López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* cit., T. I, p. 86.

d. Teoría del funcionalismo (Claus Roxin: funcionalismo moderado / Günther Jakobs: funcionalismo sociológico o radical)

El **funcionalismo moderado** reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político-criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

Señala Roxin[28] que "la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológica previa (acción, causalidad, estructura lógico reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal". Esto significa que la teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal.

28 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.





Claus Roxin (n. 15 de mayo de 1931, en Hamburgo) es un abogado y jurista alemán destacado por su labor en el ámbito del Derecho penal, procesal penal y Teoría del Derecho. Es autor de Política Criminal y sistema del derecho penal (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970), donde sostiene que el sistema penal tiene como punto central a la política criminal que debe adoptar el Estado para prever el delito a través de medidas económicas, sociales, educacionales y políticas. Sostiene que la solución para combatir eficazmente al delito se debe sustentar más en la idea de "prevenir" que en la de "sancionar". Según Roxin, un país sin una política criminal que articule prevención del delito, procuración de justicia, impartición de justicia y readaptación social, está condenado al fracaso en su lucha contra la delincuencia.

Roxin publica en 1970 su monografía *Política Criminal y sistema del derecho penal* y con ella comienza una orientación dogmática que pretende, por una parte, la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas que tantos ríos de tinta habían generado, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional, singularmente el defecto con-

sistente en el alejamiento entre las teorías elaboradas —y soluciones adoptadas en base a las mismas— como consecuencia de formulaciones abstractas a las que conducía el método empleado, y la realidad práctica —realidad social— a la que el Derecho penal y dichas teorías iban dirigidas. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas —adoptadas al margen de la realidad social— producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. Roxin intenta superar dicha incomunicación orientando el sistema del Derecho penal, conceptuado ahora como un sistema abierto, a las valoraciones de la Política Criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica, pero sin caer en un puro pensamiento tópico[29]. Roxin quiere, pues, la unidad sistemática entre Derecho penal y Política criminal. La orientación del sistema del Derecho penal a los fines del Derecho penal en general y a los fines de cada uno de los niveles del propio sistema en particular, exigirá una amplia normativización de los conceptos, normativización que se verá facilitada tras aceptarse, desde estos planteamientos, que la pretendida vinculación ontológica entre conceptos y realidad era menor que la propugnada por los finalistas. Desde esta nueva perspectiva los conceptos se funcionalizan, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un adecuado papel en el sistema. En este sentido, la concepción roxiniana parte de que el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito, y una

29 Para J.A. Sainz Cantero, "la solución no radica en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado en el problema" *(Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción,* reimpresión [1981], Barcelona, Bosch, 1980, p. 72).

vez determinada la misma funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construir y desenvolver el mismo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo.

Roxin pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta[30]. Ahora bien, ello no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por Roxin no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

---

30 Evidentemente, en este punto Roxin superó el relativismo valorativo neokantiano por valoraciones político criminales, logrando asimismo apartarse del normativismo extremo del sistema neokantiano, y al mismo tiempo superó también completamente los meros esbozos formulados por von Liszt, quien percatado de la necesidad de vincular derecho penal y política criminal, no llegó, sin embargo, a realizar un diseño de una teoría completa del delito dando entrada a las valoraciones político criminales como fundamento y límite de la intervención penal, como por el contrario hace Roxin. Para Roxin la construcción del sistema del derecho penal no debe vincularse a los tradicionales elementos ontológicos —acción, causalidad, estructuras lógico objetivas, entre otros—, sino que debe orientarse por los fines del derecho penal. Roxin, en su obra *Política criminal y sistema del derecho penal,* establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo. Vid. SCHÜNEMANN, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en SCHÜNEMANN, B. (coordinador), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario,* Tecnos, Madrid, 1991, p. 64. Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, ROXIN introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del *nullum crimen.* Vid. ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* vol. I, 3.ª ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 7-56.

Todas las categorías dogmáticas en Roxin deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del bien jurídico en Roxin está íntimamente ligada al sistema social mismo.[31]

Para él, un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. Roxin distingue entre tipo total o tipo sistemático (dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación), y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la material, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo.[32]

FUNCIONALISMO MODERADO (Sistema Teleológico Político Criminal)			
ACCIÓN	**TIPO**	**INJUSTO**	**CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD**
Manifestación de la personalidad Función sistemática: elemento de enlace o unión	Fin preventivo general Plasmación del principio de legalidad Tipo objetivo y tipo subjetivo Imputación al tipo objetivo (reacción del riesgo no permitido, realización del riesgo no permitido)	Remplaza al término "antijuricidad" La antijuricidad es una categoría perteneciente a todo el derecho Enjuicia a la acción típica concreta Elemento subjetivo de justificación	Fin preventivo especial Culpabilidad + Necesidad preventiva = Responsabilidad Imputabilidad, error, de prohibición, estado de necesidad y casos afines

31 Aunque debe advertirse, asimismo, que en el sistema de Roxin tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente, lo que permitirá a Vives tachar el planteamiento roxiniano —a la vista de su concepción de la culpabilidad— como de incongruencia gramatical.

32 Dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación.

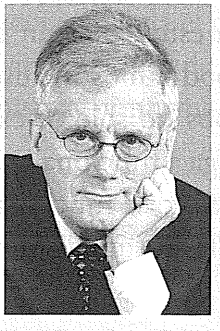
Por otro lado, el **funcionalismo sociológico o radical**, considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social.[33] Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo, en este ya no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin sólo estabilizar al sistema.

FUNCIONALISMO SISTÉMICO O RADICAL		
ACCIÓN (Delito) "Causación del resultado individualmente evitable" (Causación Imputable - antijuricidad y culpabilidad)		
TIPO DE INJUSTO	**JUSTIFICACIÓN**	**CULPABILIDAD (Prevención general)**
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo)	Comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado socialmente soportable solo en consideración a su contexto.	Es infidelidad al derecho (de acuerdo a la prevención general)
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo)	Fundamento de las causas de justificación (teoría pluralista): principio de responsabilidad, principio de definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención y el principio de solidaridad.	Tipo total de culpabilidad un tipo positivo de culpabilidad (inimputabilidad, conciencia de lo ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad).
Tipo subjetivo (dolo cognitivo).	Elementos subjetivos y normativos de la justificación.	

Günther Jakobs elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel, en la medida en que rechaza por "naturalistas" y "factisistas" los presupuestos de carácter ontológico sobre los que Welzel había construido su sistema, y desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico decide en la teoría del sistema social. La dogmática jurídico penal de base ontológica quiebra, y en su lugar hace su aparición un principio

33 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que hoy se llama "prevención general positiva", y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales.[34]



Günther Jakobs (n. 26 de julio de 1937, en Mönchengladbach) es un jurista alemán especializado en Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho. Hasta hace poco se desempeñaba como catedrático en la Universidad de Bonn. La obra de Günther Jakobs constituye una crítica a las concepciones naturalistas del derecho penal, que construyeron la teoría del tipo sobre la base de la causalidad, como fue en las teorías causalistas. Jakobs afirma que los conceptos básicos del derecho penal no pueden ser extraídos del derecho natural; este sistema debe elaborarse a partir en la forma como está organizada la sociedad. La sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, sino que se debe dar a partir de una creación de roles señalándole a cada persona un determinado status en la vida de relación, por lo que el hombre no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol. Si un ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defraudaría las expectativas sociales así lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados. Es autor de *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación (Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2ª ed., 1991).

Günther Jakobs pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de Roxin y sus discípulos[35], funcionalizando todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva[36]. Como para Jakobs la socie-

34 Roxin, Claus/Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio,* Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima, 2000, p. 56.

35 Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus Roxin, en Alemania, a Schünemann, Rudolphi, Amelung, Wolter y Achenbach.

36 En la pretensión formulada por Jakobs de que el ordenamiento jurídico penal está orientado a garantizar la identidad normativa y la propia constitución de la sociedad se evidencia un marcado alineamiento de este autor con el pensamiento funcionalista, superador de las concepciones que se habían centrado en el individuo, en el marco del pensamiento racionalista moderno.

dad se constituye mediante normas —normas que vendrán a conformar su base misma— el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán estos, que sin la misma, serían simples animales. En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por Jakobs no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann.

Para Luhmann, el Derecho es un sistema social. Se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento. En este sentido, Jakobs parte del mismo presupuesto que Luhmann. Para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal.[37]

37 Luhmann parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la sociedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último conllevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de Jakobs y el funcionalismo valorativo de Roxin: mientras Jakobs —en base a la teoría social de Luhmann— se centra en la estructura formal del sistema social, Roxin penetra en el contenido de valores del sistema mismo. Para Jakobs y su Escuela, la preocupación por el contenido material de las normas penales no es tanto una labor de la ciencia del derecho penal como cometido específico del ámbito político-criminal.

Para Jakobs, cuando se violan las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales.[38] La pena es así, para Jakobs, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente, y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que según su concepción, la misma "confirma la identidad normativa de la sociedad".[39] Por ello,

---

Así, como señala VEHLING, K.-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1991, p. 109, a quien corresponde determinar valorativamente lo necesario para la estabilización del orden social es al legislador, y no al dogmático penal.

38 En efecto, Jakobs sostiene que la función del derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica (*vid.* JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,* 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 12), y que la decepción de las expectativas y el consiguiente conflicto surgido, así como la necesidad de reaccionar frente a la infracción que ello supone a las normas, "han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social".

39 JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2ª ed., DeGruyter, Berlin/New York, 1991, 1/3. Para entender correctamente esta definición de JAKOBS, y más en concreto la afirmación de que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor, es preciso partir de que para Jakobs el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan sólo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defrauda lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba la calculabilidad y previsibilidad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. De ahí que

el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Bajo la construcción de Jakobs, de manera similar a la formulación de Luhmann, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para Jakobs, lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente. Jakobs diferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.[40]

Jakobs diga que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor. Respecto a la *competencia,* JAKOBS (*Estudios de derecho penal,* Civitas, Madrid, 1997, p. 385) señala que la imposición de la pena se justifica en la medida en que el penado sea competente para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social racionalmente, de suerte que, de resultar incompetente, como sucede con los enajenados, en lugar de pena, debería recibir tratamiento.

40 En realidad, como han puesto de manifiesto E. PEÑARANDA RAMOS, C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ *(Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 57), la orientación de la prevención general positiva que se hace patente en la doctrina de JAKOBS no resulta contraria frontalmente a la teoría de los bienes jurídicos, ya que ambas doctrinas se mueven en planos diferentes, y por tanto no resultarán por ello frontalmente antagónicas. Así, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal —que no corresponde en esencia a la ciencia del derecho penal sino al ámbito político—, en tanto que la teoría de la prevención

El planteamiento de Jakobs[41], atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distingos en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontologista se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO				
TEORÍA	**REPRESENTANTE (S)**	**MÉTODO**	**CARACTERÍSTICAS**	**CONCEPTO DE DELITO**
CAUSALISMO NATURALISTA	Franz von Liszt, Ernst von Beling	Positivismo jurídico o formalista	Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las **fases interna** (ideación, deliberación, resolución) y **externa** (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito.	Acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (Liszt). Acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta con una causa objetiva de exclusión penal (Beling).

general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena.

41 Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,* trad. del alemán de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO				
TEORÍA	**REPRESENTANTE (S)**	**MÉTODO**	**CARACTERÍSTICAS**	**CONCEPTO DE DELITO**
CAUSALISMO VALORATIVO	Edmund Mezger	Axiológico	Se aparta del formalismo del causalismo clásico tomando como base una perspectiva axiológica. Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad.	Acción típicamente antijurídica y culpable (Mezger). Acontecimiento típico, antijurídico e imputable (Mayer).

TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO				
TEORÍA	**REPRESENTANTE (S)**	**MÉTODO**	**CARACTERÍSTICAS**	**CONCEPTO DE DELITO**
FINALISMO	Hans Welzel	Positivismo jurídico o formalista	La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado).	
FUNCIONALISMO	Claus Roxin (funcionalismo moderado) Günther Jakobs (funcionalismo sociológico)	Síntesis de los anteriores (funcionalismo moderado); social sistemático (funcionalismo sociológico o radical)	El **funcionalismo moderado** reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados	

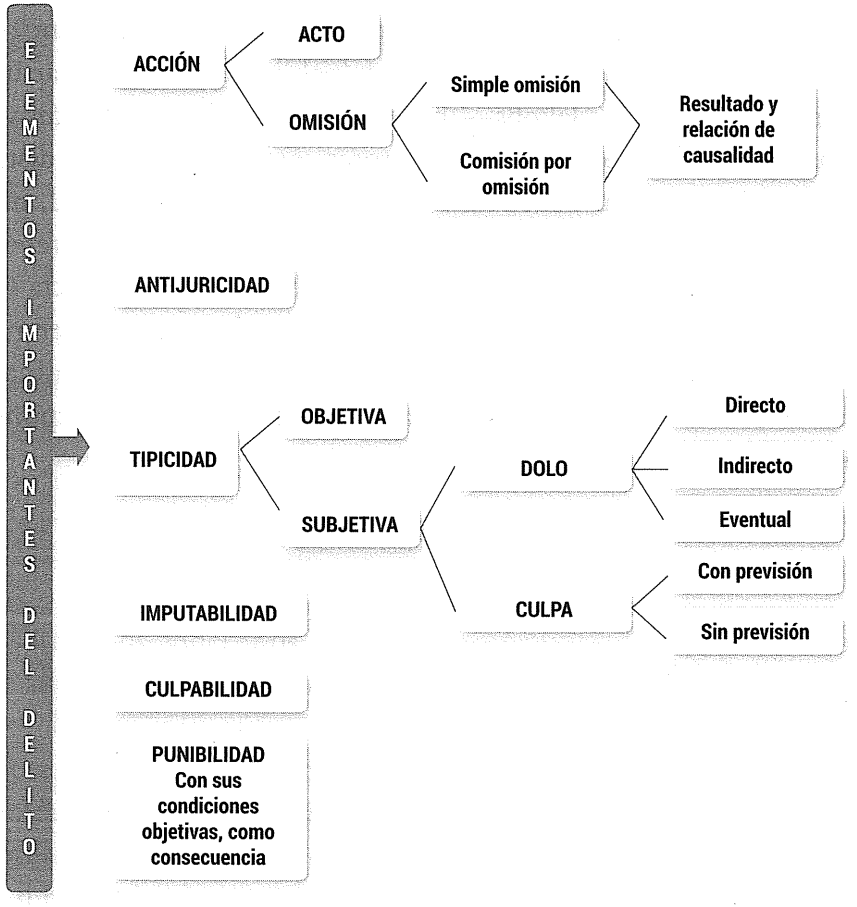
TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO				
TEORÍA	**REPRESENTANTE (S)**	**MÉTODO**	**CARACTERÍSTICAS**	**CONCEPTO DE DELITO**
			por los fines del Derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político-criminal. Por otro lado, **el funcionalismo sociológico o radical** considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo, en este ya no están presentes las tendencias de política-criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin solo estabilizar al sistema.	

II. ELEMENTOS DEL DELITO

Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto del delito.

A partir de la definición usual de delito (*acción típica, antijurídica y culpable*), se ha estructurado la teoría del delito, correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquella un capítulo en ésta. Así se divide esta teoría general en: **acción** o **conducta**, **tipicidad**, **antijuricidad** y **culpabilidad** (aunque también algunos autores agregan a lo anterior, la **punibilidad**). No obstante, aunque hay un cierto acuerdo respecto

de tal definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

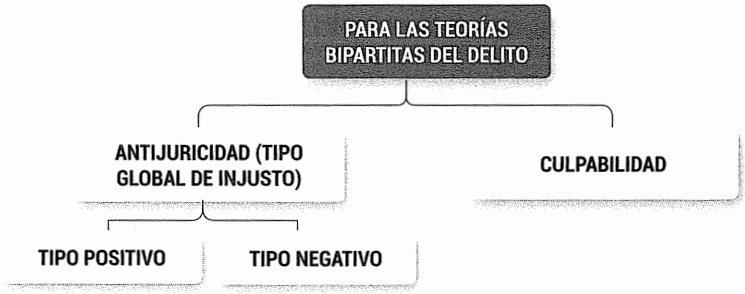


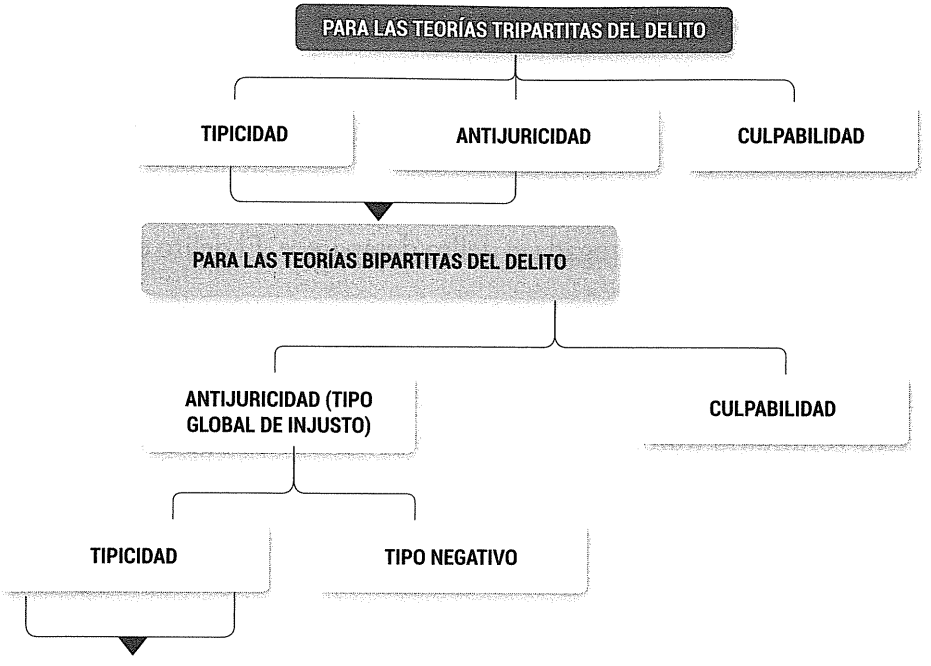
ELEMENTOS DEL DELITO	
- Elemento genérico	Es el soporte del delito, es la base sobre lo que se construye todo el concepto del delito.
- Elementos específicos	El delito permite diferenciarlos, delito por delito, aunque son inconstantes.
- Elemento circunstancia	Es la penalidad, que es el resultado del acto jurídico. No cambia la naturaleza del delito, pero influye en la sanción.

III. CONCEPTOS, SUJETOS Y OBJETO

1. Concepciones

A partir de la definición usual de delito (*acción típica, antijurídica y culpable*), se ha estructurado la teoría del delito (teoría tripartita del delito). Aunque, ciertamente, otro sector de la doctrina sostiene que el delito es esencialmente injusto y culpabilidad (teoría bipartita), otros —por ejemplo, Jakobs— hacen énfasis en la imputación y la culpabilidad. De hecho, algunos autores sostienen que esta distinción de las categorías delictivas no tiene un sentido funcional, pues el autor al momento de cometer el delito no analiza ni se representa si su conducta es típica antijurídica y culpable; o si su conducta está en grado de tentativa o de consumación. Sin embargo, consideramos que es diferente la realización (en el mundo ontológico) criminal y el análisis del comportamiento del autor a fin de atribuirle responsabilidad penal.





TIPO OBJETIVO	TIPO SUBJETIVO
- SUJETO - OBJETO - CONDUCTA TÍPICA	- DOLO - CULPA (IMPRUDENCIA)

Nosotros nos adherimos a la *teoría pentatónica del delito*, la misma que supone que el delito es aquella conducta (comportamiento), típico, antijurídico, culpable y punible. Ello a fin de delimitar cada aspecto de la conducta atribuida al autor y poder distinguir las categorías delictivas con fines pedagógicos. A partir de la concurrencia copulativa de estas cinco categorías podremos colegir la responsabilidad penal del autor.

El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético dominante en la sociedad. Los conceptos de delito han sido formulados en definiciones que se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas en diversas concepciones:

a. Concepciones formales o nominales

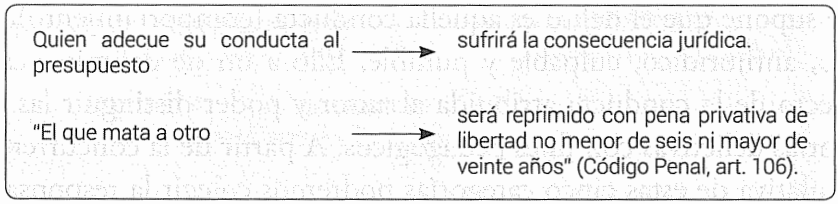
Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece y nomina qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.

b. Concepciones substanciales o materiales

Establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito. Así, para estas concepciones, el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal. Sigue el método analítico.

c. Concepción jurídica del delito

Toda ley penal —en su estructura— tiene un presupuesto (*lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer*) y una consecuencia jurídica (*pena o medida de seguridad*).



De acuerdo a esto, el delito —en su concepción jurídica— es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal. Incluimos el principio de la culpabilidad en la presente definición dado que se apela a la voluntad de cometer un acto ilícito.

Para Carrara, el delito es un ente jurídico (*creación de la ley*) y no un fenómeno social (*ente de hecho*).

Decimos "adecua al presupuesto" porque no la vulnera, sino hace lo que el presupuesto dice.

EJEMPLO

En el robo, el autor cumple con lo que dice el presupuesto: "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física..." (Código Penal, art. 188).

Su conducta se adecua lo que el presupuesto jurídico dice.

La concepción jurídica del delito fue desarrollada por Juan Domingo Romagnosi, Giovanni Carmignani y Francesco Carrara.

El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar. Si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad.

Explica Carmignani que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos.

Para Francesco Carrara el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara el delito es un ente jurídico (**creación de la ley**) y no un fenómeno social (**ente de hecho**). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone que la antijuridicidad es la esencia del delito y no solo su elemento.

Al decir "acto externo" se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino sólo los actos exteriorizados del hom-

bre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice o realice actos para materializar este acto.

Con "acto positivo" se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión.

RECUERDA

Se considera como "**ACTO POSITIVO**" a todas las acciones voluntarias humanas.

Mientras que un "**ACTO NEGATIVO**" se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión.

"Moralmente imputable" significa que el sujeto comete el delito en base a su libre albedrío. El sujeto puede escoger entre la comisión de un delito o no. El ser humano puede elegir un comportamiento (*mores*, "costumbre", "comportamiento") particular o no.

Con "políticamente dañoso" se refiere a que el delito, al vulnerar los derechos subjetivos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad.

RECUERDA

La concepción jurídica del delito no es aceptada porque el delito no es algo creado por la ley, la ley solamente la define, es más, solo la describe en el tipo. El delito es un hecho humano, aparece con el hombre, y desaparecerá con él. El delito es al hombre como la enfermedad a él.

Pessina dice que el delito no puede ser definido por la Ley: "este solo ... da lugar a las *especie delictorum*", es decir, los delitos en particular.

d. Concepción filosófica del delito

La desarrollan Pellegrino Rossi y Enrique Pessina. Quieren conceptualizar al delito para todos los tiempos y todos los lugares. Es decir, quieren formar un concepto universal de delito.

La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

EJEMPLO

El delito de adulterio en el Perú era un delito que contravenía el deber de fidelidad; hoy ya no es delito sino simplemente una causal de divorcio.

Para la concepción filosófica, el delito consiste en la violación de un deber, pero pueden surgir diversos cuestionamientos.

EJEMPLO

- **¿Qué pasa con el deber de no abandonar el trabajo?** Esto ni siquiera es una violación a un deber, es un derecho establecido en las Constituciones políticas: el derecho a la huelga.
- **¿Qué pasa con las acciones violatorias de deberes morales como la deslealtad filial? ¿Y los actos como la huelga, el lock out, que causan perjuicios sociales, pero que más bien son derechos?** Pues no son delitos. La pretensión de validez para todos los tiempos no es tal.

e. Concepción dogmática del delito

Esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger. El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable[42].

La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la "teoría de las normas" de

42 GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología,* 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 293.

Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley.

La norma es un deber ser: "no matarás". El deber ser nos guía a lo que es bueno y a lo que es malo. La ley establecida es un ser, esto es, ley positiva. El delito "vive" en el ser, es decir, en la ley; el delincuente no vulnera la ley, vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica penal. Esa infracción, ese acto debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir, la infracción debe encuadrarse en el tipo penal. El delito es **ser**, es una conducta positiva.

RECUERDA

La **CONCEPCIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO** enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la "teoría de las normas" de Binding que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley.

Edmundo Mezger se apoya en la "teoría del tipo" de Ernst von Beling que dice que cuando se infringe el supuesto hipotético de norma jurídica penal, esa infracción, ese acto debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir, la infracción debe encuadrarse al tipo penal[43].

El "**delito es un acto u omisión voluntaria**", quedan descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se realizan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto, no hay delito.

El "**delito es un acto típico**" significa que todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay ade-

43 Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

cuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido.[44]

El "**delito es un acto típicamente antijurídico**" significa que el delito está en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación de la acción como:

- Estado de necesidad (defensa legítima)

  Se justifica en caso de estado de necesidad (por ejemplo, la legítima defensa). En la legítima defensa el agredido puede matar a su agresor; esto no es homicidio. El acto humano voluntario de defensa típicamente antijurídico (homicidio) deja de ser tal porque había un estado de necesidad extrema de defensa de la vida propia.
- Ejercicio de un derecho, oficio o cargo.
- Cumplimiento de la ley o de un deber.

El "**delito es un acto típicamente antijurídico y culpable**". Para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos de culpabilidad:

- Imputabilidad;
- Dolo o culpa;
- Exigibilidad de un comportamiento distinto.

Pero la conducta deja de ser culpable si median las causas de inculpabilidad como:

- El caso fortuito;

---

44 Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

- Cumplimiento de un deber o;
- Un estado de necesidad (por ejemplo, la legítima defensa).

Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal, no hay delito.

El último elemento constitutivo del delito es la ***punibilidad*** (privación de un bien jurídico a quien haya cometido, o intente cometer, un delito). Un acto típicamente antijurídico y culpable debe ser sancionado con una pena de carácter criminal. Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad, las mismas que desarrollaremos más adelante.

f. Concepción sociológica del delito

Desarrollado por Rafael Garófalo, Enrico Ferri, Gabriel Tarde, Napoleone Colajanni y Emilio Durkheim. Según esta concepción, el delito es un acto opuesto a la cosmovisión de la sociedad humana organizada. Además, este delito es la lesión directa de los sentimientos fundamentales de piedad y probidad que suelen caracterizar a la moral propia del ser humano y a los valores sociales que sirven de cimiento a la vida pacífica. Al evaluar que estos valores son indispensables para la adaptación del individuo, obtenemos que estos son imprescindibles para una sociedad organizada y por tal motivo deben ser tutelados y preservados con sumo cuidado.

Aunque estos sentimientos son inherentes al ser humano, no son los únicos, por lo que esta concepción rechaza lo que la ley considera como delito y por tal motivo entra en directa contraposición con las demás cosmovisiones previamente expuestas

CONCEPTOS DEL DELITO	
Natural	Es delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad (Garófalo).
Sociológico	Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado (Ferri).
Jurídico	• Acción típica, contraria al derecho culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad (Beling). • Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable ypolíticamente dañosos (Carrara). • Crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal (Feuerbach). • Acto humano sancionado por la ley (Carmignani). • Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena (Mezger). • Hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena (Florián). • Acontecimiento típico, antijurídico, imputable (Mayer).
Legal	• Infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. • Lesión o puesta en peligro un bien jurídico protegido legalmente con una sanción penal (Código Penal de 1991). • Acto u omisión que sancionan las leyes penales.

RECUERDA

LIBRE ALBEDRÍO es el poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto. Está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

2. Sujetos del delito

a. Sujeto activo del delito

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aun en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus

miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena.

CÓDIGO PENAL

En el Código Penal se lo reconoce por la frase:

- "El que mata a otro..." (CP, art. 106).
- "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno..." (CP, art. 188).

En otros casos comienza con:

CÓDIGO PENAL

- "El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia" (CP, art. 128).
- "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro..." (CP, art. 387).

RECUERDA

SUJETO ACTIVO DEL DELITO ES la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos.

Los artículos gramaticales, "el", "los", "la" nos conducen a deducir que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo que nos lleva a los llamados **delitos impropios**. ¿Por qué? Porque son realizados por cualquier persona. Por otro lado, existen delitos que solo cometen determinadas personas como es el funcionario público, la madre, el hijo, el profesional, etc. Estos se llaman propios porque solo a esas personas se les puede imputar el delito.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Puede una persona jurídica cometer un delito?

Tesis de la irresponsabilidad. Si por una ficción se les concede capacidad (aunque limitada a su fin) el sancionarlos sería como sancionar a una persona o seres ficticios violando el principio de que "sólo los sujetos dotados con voluntad y conciencia pueden ser sujetos activos". Además, la pena es individual. Si se sanciona a una persona colectiva se estaría sancionando a su personalidad o sea el conjunto que componen esa persona jurídica: gerentes, directores y socios. Estos últimos nada tienen que ver y hacer con el destino de la empresa.

TESIS DE LA RESPONSABILIDAD DE FRANZ VON LISZT Y GIUSEPPE MAGGIORE

Sostienen que, si las personas colectivas son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, también deben responder por los delitos en que incurren como la estafa, el abuso de confianza, si bien no se les puede aplicar sanciones privativas de libertad, son susceptibles de sufrir sanciones pecuniarias. Las penas corporales se impondrán a sus directivos responsables.

La legislación moderna sigue esta tesis, como una solución doctrinal. En el Segundo Congreso Internacional de Derecho penal de Bucarest, en 1929, estableció una solución doctrinal entre la tesis de la irresponsabilidad y responsabilidad de las personas colectivas, sostiene que se apliquen medidas preventivas a las personas colectivas (multas, intervenciones) pero responsabiliza penalmente a sus directores que hayan cometido infracción con la cooperación o utilizando a la persona colectiva.

b. Sujeto pasivo del delito

Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

El sujeto pasivo es diferente al sujeto perjudicado.

EJEMPLO

En el rapto de un menor el perjudicado es el tutor, los padres.

En el Código Penal, se le reconoce, respondiendo a las preguntas: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido? ¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado.

EJEMPLO

¿Quién tiene ese interés llamado seguridad?

El Título I del Código Penal establece que el titular de esta seguridad es el Estado; luego, si vulneramos esta seguridad el sujeto pasivo es el Estado.

Si violamos la seguridad común, la fe pública, la economía, la industria, el comercio, aparece otro sujeto pasivo: la persona jurídica, colectiva o la empresa.

Como vemos, el sujeto pasivo puede ser tanto la persona individual como la persona colectiva.

Los animales nunca son sujetos pasivos, son objetos materiales del delito, pero son protegidos por leyes para evitar su extinción.

EJEMPLO

SUJETO PASIVO DEL DELITO ES el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.

LA PERSONA INDIVIDUAL COMO SUJETO PASIVO

El ser humano es sujeto pasivo en los siguientes casos:

- Cuando es concebido en el aborto.
- Durante su vida, en el infanticidio o en el homicidio, entre otros.
- Los "herederos" del cadáver en la profanación del lugar en que reposa a un muerto.
- En el robo, el secuestro, en la calumnia, en las injurias, en la violación, etc., la persona individual es sujeto pasivo.

El bien jurídico vulnerado en el robo es su derecho al patrimonio; en el secuestro su libertad; su honor, en la calumnia; la libertad sexual, en la violación, etc.

LAS SOCIEDADES COMO SUJETOS PASIVOS

Pueden ser sujetos pasivos en los siguientes casos:

1. Tratándose de personas jurídicas como las sociedades comerciales, los perjuicios son esencialmente de carácter económico y contra su propiedad cuando se trata del robo o del hurto.
2. El Estado puede ser víctima contra su seguridad interna o externa, o sus fondos y caudales. Se considera víctima a la colectividad, no a cada uno de sus integrantes por separado. El Estado puede ser:
   - Sujeto pasivo genérico, en el caso de un homicidio;
   - Sujeto pasivo único, en los delitos contra la administración pública; o
   - Sujeto pasivo junto a otros, en delitos financieros o cohecho.
3. También puede ser sujeto pasivo la sociedad cuando atenta contra su fe pública en los delitos de falsificación de moneda, falsificación de documentos de crédito, etc.
4. Puede ser víctima también de delito una colectividad de individuos no personificados jurídicamente. Ejemplo: La Corte Superior de algún Distrito Judicial, que es una colectividad sin personalidad pues constituyen una colectividad dedicada a la administración de justicia.
5. Los animales nunca son sujetos pasivos, son objetos materiales del delito, pero son protegidos por leyes para evitar su extinción.

c. Capacidad y personalidad. Persona y sujeto de derecho

Persona es aquel ser o ente con voluntad que tiene derechos y deberes fruto de su relación con sus semejantes.

Personalidad es la aptitud legal de un sujeto para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, es una condición para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es esa aptitud que le otorga el ordenamiento jurídico a la persona.

Capacidad es la medida de esa aptitud legal. La personalidad es el todo, la capacidad parte de ese todo. Por eso un ente tiene o no personalidad, no existen grados como en la capacidad.

EJEMPLO

Capacidad plena a los 18 años, capacidad relativa, capacidad parcial, etc.

RECUERDA

PERSONALIDAD ES la aptitud legal de un sujeto para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, es una condición para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es esa cualidad, es esa aptitud que le otorga el ordenamiento jurídico a la persona.

Sujeto de derecho. Se dice así cuando nos referimos a un derecho concreto de la persona (por ejemplo, si es dueño de una cosa, su derecho es concreto, entonces se lo debe llamar sujeto de derecho). En cambio, se denomina persona cuando nos referimos a una aptitud abstracta de ser titular de un derecho.

EJEMPLO

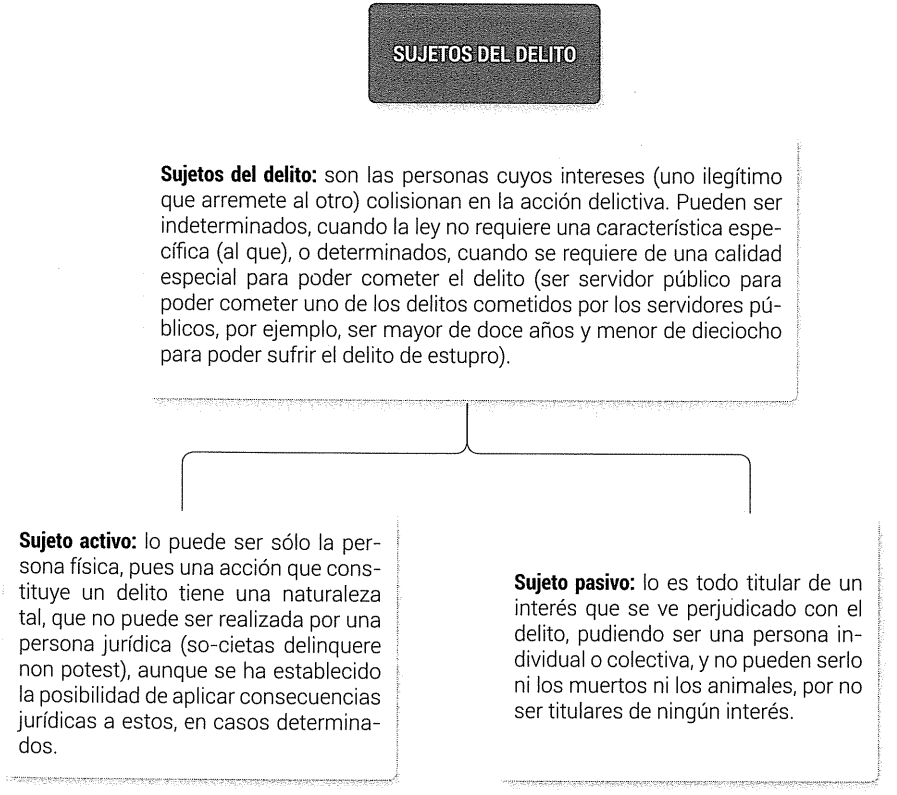
Realizar una compra o un matrimonio en un futuro más o menos cercano.

El derecho todavía no está determinado, sino solo está en forma abstracta.

d. Personas jurídicas o colectivas

Agrupación o asociación de personas físicas y bienes jurídicamente organizados y afectados a un fin común, lícito y reconocido por el ordenamiento jurídico. Los crea el hombre para satisfacer sus necesidades que no puede satisfacer en forma individual. Su origen está en la época medieval de los gremios y las corporaciones y se desarrolla junto al comercio. El primer código que recepciona esta clase de personas es el Código Civil chileno, pero es el Código Civil alemán de 1900 quien lo estructura y le reconoce personalidad.

En el diagrama de la página siguiente resumimos lo referente a los sujetos del delito.



3. Objeto material u objeto material de la acción

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción típica del sujeto activo: personas (individuales o colectivas), animales y cosas inanimadas.

EJEMPLO

- En el delito de homicidio, el objeto de la acción sería el cuerpo del sujeto pasivo.
- En el delito hurto, el objeto de la acción sería el bien mueble sustraído.

En otras palabras, podemos decir —siguiendo a Bramont-Arias— que es todo aquello sobre lo cual se concreta la transgresión del bien jurídico tutelado y hacia el cual se dirige el comportamiento del agente. [45]

El objeto material no se da en todos los delitos. En los delitos de simple actividad (por ejemplo, el falso testimonio) y en los de omisión simple (por ejemplo, omisión de denuncia) carecen de objeto material.

EJEMPLO

En algunos delitos pueden coincidir el objeto material y el sujeto pasivo, como en el homicidio. Sin embargo, en otros delitos, se diferencian claramente.
En el robo, el objeto material de la acción es la cosa. El sujeto pasivo es el titular del interés o bien jurídico violado: el dueño de la cosa.

El objeto material del delito no debe confundirse con el instrumento del delito que son los objetos con que se cometió el delito (un cuchillo en un homicidio, una palanca en caso de robo de vivienda, etc.).

45 Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general,* Editorial Santa Rosa, Lima, 2000, p. 191.

4. Objeto jurídico o bien jurídicamente protegido

Es el bien tutelado por el derecho mediante la amenaza penal. El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, "lo que" la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.

En la falsificación de documentos el objeto material es el documento, es la cosa sobre la que recae la acción, el bien jurídico protegido que es vulnerado es la fe pública. Es este bien el que la ley penal protege. En el robo, el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad; el objeto material es la cosa del robo. En el delito de lesiones el bien jurídico protegido es la integridad corporal. En el delito de calumnia, el bien jurídico protegido es el honor.

Por bien se entiende toda cosa apta para satisfacer una necesidad humana. En consecuencia, puede ser objeto jurídico del delito un objeto del mundo externo o una cualidad del sujeto. Pueden tener naturaleza corpórea o incorpórea: vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, seguridad.

Conceptualmente se puede separar de la noción de bien el de interés. Se entiende por interés a la valoración por parte del sujeto de la aptitud de la cosa (del bien) para satisfacer una necesidad.

RECUERDA

EL OBJETO JURÍDICO DEL DELITO O BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO ES el bien o interés que está protegido por el Derecho, "lo que" la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.

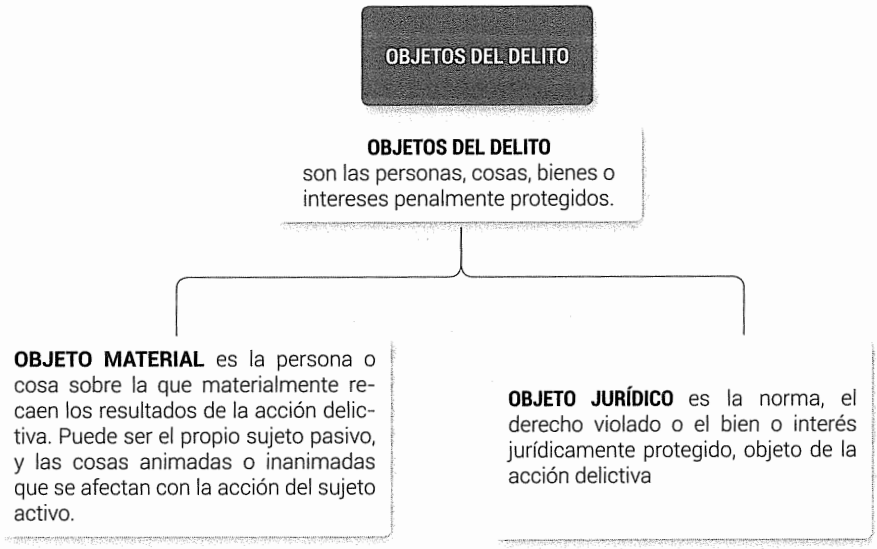
5. Objeto formal del delito

Es el fin que persigue el establecimiento de un comportamiento como delito, que es la protección de los bienes e intereses a través del *ius puniendi* estatal.[46]

Se divide en objeto jurídico genérico o sustancial y objeto jurídico específico.

El objeto jurídico genérico o sustancial es el interés del Estado para asegurar y garantizar las condiciones de existencia de la vida en sociedad. Es el interés que el legislador tiene en la tutela de bienes jurídicos trascendentes, ya sea en las personas, sociedad o Estado.

Objeto jurídico específico es el interés propio del sujeto pasivo del delito, es decir, la persona natural o jurídica directamente ofendida por el delito. El objeto jurídico específico es la concreción del objeto jurídico genérico en el sujeto pasivo.



46 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

6. Condición necesaria del delito (*conditio sine qua non*) o criterio objetivo de punibilidad

Locución latina que significa que es necesaria una condición para que el negocio jurídico produzca sus efectos. Trasladándolo a los delitos, la *conditio sine qua non* es una condición del delito.

Para que un hecho sea considerado delito, además de la tipicidad, el acto debe cumplir con una condición exigida por la ley penal.

- Para que se configure el delito de tortura, el agente debe ser funcionario, servidor público o representante del poder del Estado. El tipo penal exige esa condición. Si ello no ocurre, se producirá otro delito (secuestro, por ejemplo) pero no el delito de tortura (art. 321 CP).
- Para que la falsificación material o de documentos se considere como delito esta falsificación debe causar perjuicio. El tipo penal exige esa condición; si la falsificación no causa perjuicio, no hay delito. Para la aplicación de la *conditio sine qua non* el acto debe causar perjuicio (art. 427 CP).

La *conditio sine qua non* no debe confundirse con las agravantes o atenuantes. Una agravante es una circunstancia del delito que aumenta la responsabilidad criminal y la penalidad consecuente. Una atenuante es una circunstancia del delito que disminuye la responsabilidad y, por ende, la pena por el delito cometido, dentro de los límites legales y de la precisión discrecional de los juzgadores. Las circunstancias del delito son acontecimientos que están presentes en la comisión del delito, que sin modificar la naturaleza del mismo influyen en la punibilidad ya sea agravándola o atenuándola. Del latín *circunstare*, *circum*, alrededor, *stare*, estar.

Podemos concluir en este punto que la *conditio sine qua non* es una condición; la agravante y la atenuante son circunstancias.

DIFERENCIAS ENTRE LA CONDITIO SINE QUA NON, LAS AGRAVANTES Y LAS ATENUANTES	
CONDITIO SINE QUA NON	El acto debe cumplir con una condición exigida por la ley penal.
AGRAVANTE	Es una circunstancia del delito que aumenta la responsabilidad criminal y la penalidad consecuente.
ATENUANTE	Es una circunstancia del delito que disminuye la responsabilidad.

IV. LA PUNIBILIDAD

1. Concepto

Por punibilidad se entiende la potestad que ejerce el Estado a través del juez natural para imponer una pena a quienes han incurrido en una conducta típica, antijurídica y culpable.

Dentro de la teoría pentatónica del delito consideramos a la punibilidad como una quinta categoría (aunada a la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). En torno a la punibilidad existe un gran debate sobre considerarla como una categoría más dentro de la teoría del delito o si esta debe ser estudiada dentro de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito o la teoría de la pena. En doctrina tenemos autores que le niegan la condición de elemento del delito como su carácter de referencia conceptual para definirlo. Un segundo grupo la considera solo una referencia conceptual necesaria del delito. Finalmente, están aquellos para quienes constituye un elemento esencial y se le asigna un valor funcional o sistemático[47].

Nosotros nos adherimos a la última postura. Consideramos que sin entender y comprender a la punibilidad dentro de la estructura del delito difícilmente se puede justificar la necesidad de la pena. En efecto, hasta este punto se ha analizado el injusto culpable, los mis-

47 Suárez Mira-Rodríguez, Carlos. *Manual de derecho penal. Parte general.* Aranzadi, Navarra, 2017, T. I, p. 351.

mos que pueden fundamentar el merecimiento mas no la necesidad de pena. Así, la punibilidad se sustenta en que si bien existe un merecimiento de pena por el hecho no existe una necesidad de pena por este. El merecimiento de pena existirá y acompañará al injusto culpable, sin embargo, no habrá necesidad de pena en los supuestos de ausencia de punibilidad. La consecuencia práctica de esto es que el autor habrá de responder civilmente por el hecho, pero no se le impondrá la pena por no existir necesidad de esta. Dentro de la punibilidad se estudian tanto las condiciones objetivas de punibilidad, así como la faz negativa de la punibilidad que son las denominadas causas de exclusión de la pena o punibilidad (también llamadas excusas absolutorias).

CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PUNIBILIDAD	
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	**CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA PENA**
• Son circunstancias que deben añadirse al injusto culpable y que generan la necesidad de pena. • Se tratan de resultados que fundamentan la punibilidad y sobre los cuales no es preciso que estén referidos al dolo o la culpa del autor. • Se distinguen entre condiciones objetivas propias e impropias. • En las condiciones objetivas propias la condición se encuentra fuera del injusto culpable (p. e., el requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido). • En las condiciones objetivas impropias la condición se encuentra dentro del injusto, pero no abarcan ni la imputación objetiva ni subjetiva de este (p. e., la posibilidad de perjuicio en el uso de documento falso).	• También se les denomina excusas absolutorias. • Son aquellas que operan sobre un delito ya afirmado que elimina su pena debido a razones no vinculadas al injusto ni a la culpabilidad, sino a valoraciones de pura utilidad, conveniencia o justicia material. • En estos casos, si bien se ha realizado un delito que merece ser castigado, la imposición de la pena prevista puede incidir negativamente en un interés especialmente valorado por el legislador, esto es, no hay necesidad de pena.

2. Condiciones objetivas de punibilidad

Son circunstancias que deben añadirse al injusto culpable y que generan la necesidad de pena. En específico, estas se tratan de resultados que fundamentan la punibilidad y sobre los cuales no es preciso que estén referidos al dolo o la culpa del autor. Se distinguen entre

condiciones objetivas propias e impropias; en las primeras, la condición se encuentra fuera del injusto culpable (por ejemplo el requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido)[48]; mientras que en las segundas la condición se encuentra dentro del injusto pero no abarcan ni la imputación objetiva ni subjetiva de este (por ejemplo la posibilidad de perjuicio en el uso de documento falso). Así, en éstas la condición objetiva no tiene una función delimitadora sino amplifica la punibilidad, de ahí que la doctrina mayoritaria no considere a ésta como una condición objetiva en sentido estricto sino como un elemento del injusto.

3. Las causas de exclusión de la pena

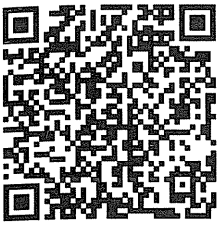
También se les denomina excusas absolutorias. Son aquellas que operan sobre un delito ya afirmado que elimina su pena debido a razones no vinculadas al injusto ni a la culpabilidad, sino a valoraciones de pura utilidad, conveniencia o justicia material. En estos casos, si bien se ha realizado un delito que merece ser castigado, la imposición de la pena prevista puede incidir negativamente en un interés especialmente valorado por el legislador[49], esto es, no hay necesidad de pena.

EJEMPLO

- La no punibilidad en los delitos contra el patrimonio no violentos por la existencia de una relación familiar (art. 208 del CP).
- La relación estrecha en el encubrimiento real y personal (art. 406 del CP).
- La excepción de verdad en los delitos contra el honor (art. 134 del CP).

48 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 931.

49 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 931.



ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA

Actuación policial y exención de la responsabilidad penal

52. La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber. Para que sea de aplicación la eximente referida "es preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible".

56. Respecto al cambio de la fórmula normativa "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria" sustituida por la frase "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa", resulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término "uso de sus armas" y de la referencia "otros medios de defensa", dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio.

(Acuerdo Plenario 05-2019-CIJ-116, del 10-09-2019. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema).

CAPÍTULO 2
LA ACCIÓN

Resumen de este capítulo

En este capítulo se desarrollan las diversas teorías sobre la acción, sus elementos y el sujeto de la acción. Se desarrolla también las fases de la acción, la acción y resultado, así como las distintas teorías sobre la acción y la causalidad (teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, teoría de la causa adecuada y *teoría de la causa típica)*.

I. TEORÍAS

Afirmar que el derecho penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Esto es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción no constituye sino el primer paso de su elaboración.[50] Esta supone dar respuesta a cuestiones esenciales. En primer lugar y de manera general, se plantea la interrogante de cómo debe ser concebida la acción. Dos criterios se oponen: el primero pone de relieve el aspecto ontológico de la acción y, en consecuencia, afirma su autonomía en relación al derecho. Se habla entonces de una noción óntica, "prejurídica". El segundo criterio sostiene, por el contrario que la noción de acción sólo puede ser de carácter normativo.

Entre los múltiples aspectos que presenta este problema, es de destacar, por ahora, sólo el del rol que se atribuye a la voluntad en la caracterización de la acción. Otro punto crucial es el referente a la factibilidad de elaborar una noción de acción comprensiva de todas sus formas de aparición, en que se manifiesta el hacer como el omitir,

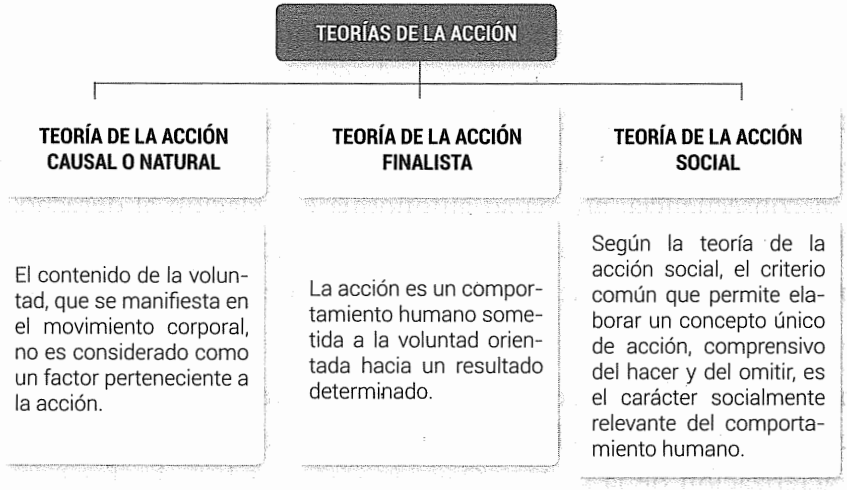
---

50 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

el proceder doloso como el culposo. Unos la admiten, otros la rechazan y algunos llegan a sostener que es superflua.

En un aspecto esencial existe, sin embargo, un amplio consenso: el de considerar a la acción como un suceso del mundo externo que materializa una manifestación del espíritu de una persona. Suceso caracterizado, en particular, por la posibilidad de dirigirlo y controlarlo. Durante décadas, el cuestionamiento de lo que es acción ha ocupado el centro de las discusiones de los penalistas, en especial, de los germanos. A partir de 1965, más o menos, la intensidad del debate amaina y se adoptan nuevas perspectivas.

Se han desarrollado diversas teorías que buscan explicar el concepto de acción (como forma de realización de la conducta activa) y no existe un consenso sobre su contenido. A continuación, veamos algunas de ellas.



1. Teoría de la acción causal o natural

Los partidarios de la concepción causal o natural de la acción consideran a esta como un puro suceso causal. Se trataría de un comporta-

miento corporal (fase externa, "objetiva de la acción"), producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de inervación muscular, "voluntariedad" fase interna "subjetiva" de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad. El contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, según los defensores de la teoría causal, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente.

Sus actuales defensores han criticado y modificado este planteamiento original. Con exactitud, se afirma que es insuficiente aseverar que la acción es un movimiento corporal voluntario, ya que sólo se refiere al accionar positivo. No deja de ser tampoco correcta la opinión de Blei, en cuanto sostiene que nadie defiende ahora una pura teoría causal de la acción y que esta, en realidad, nunca ha sido sostenido, pues, el elemento voluntariedad ya contiene, sin duda, una referencia al fin. Baumann, uno de sus principales defensores, dice que acción es "conducta humana guiada por la voluntad" y hace resaltar que este concepto sólo exige que la conducta corporal sea guiada por la voluntad, y no que esté dirigida a un objetivo.

Para él, su teoría de la acción es "causal" sólo en cuanto "la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal" y el concepto de acción es un concepto jurídico elaborado en consideración a la situación específica del derecho penal alemán. A pesar de estos esfuerzos, la concepción causal no brinda una correcta explicación de los comportamientos omisivos, muchos de los cuales no son producidos por un impulso de voluntad. Es el caso de las omisiones inconscientes.

EJEMPLO

El guardavía que se duerme y no hace el cambio de agujas, produciendo un grave accidente.

A pesar de designársele con la denominación de "causal o natural", este criterio no pretende, en realidad, describir la "naturaleza" de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la causalidad es elegida como nota distintiva. En este punto radica su insuficiencia, pues este elemento no es una nota distintiva del comportamiento humano y porque este puede y es, realmente, considerado desde otras perspectivas. El criterio causal implica una excesiva amplitud del concepto de acción, con el que se comprenderían diversos comportamientos que no están directamente relacionados con el suceso.

RECUERDA

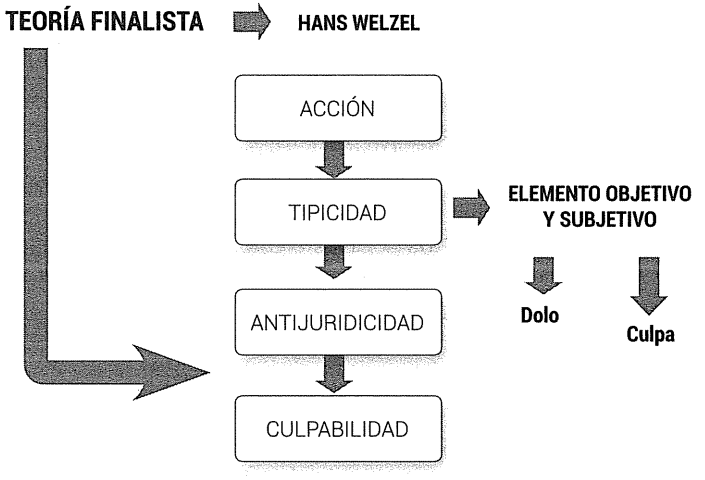
SEGÚN LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN, el contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente.

2. Teoría de la acción finalista

Oponiéndose a la teoría causal, esta concepción afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado. La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever, en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; asimismo, él puede tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según Welzel[51], la direc-

51 Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal.*

ción final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; como la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin.[52] La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar).



Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal determinado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento. Posteriormente, Welzel consideró que mejor sería hablar de acción

Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

52 Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

cibernética en lugar de finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento. Para comprender mejor la acción finalista, consideramos oportuno presentar el siguiente ejemplo, dado por Welzel[53]:

EJEMPLO

A y B se proponen robar a X, inhabilitándolo previamente para resistir. Con este objeto, optan —primero— por utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego sustituyen este medio —por estimar que X podría morir asfixiado— por el uso de una cachiporra con lo cual lo aturdirían. De esta manera, los autores han escogido una meta a alcanzar; han seleccionado el medio idóneo; y, asimismo, han calculado los efectos concomitantes de su acción. Cuando A y B materializan su proyecto criminal, utilizan la cachiporra, sin lograr aturdir a la víctima; por lo que recurren al primer medio, estrangular a X con el cinturón hasta que pierde conocimiento, y dejan amarrado el cinturón en torno al cuello de la víctima, mientras se apoderan del botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a X después de reducirlo a la impotencia. Pero, como ellos han modificado la originaria dirección de su acción —destinada a evitar la muerte de X—, han incluido en su voluntad de realización los posibles efectos concomitantes como parte del resultado total a efectuarse para el logro del fin.

La finalidad de la acción no es lo mismo que la voluntariedad de que hablan los seguidores de la tesis causalista. Para estos es suficiente que el comportamiento puede ser referido a una manifestación de voluntad. Los finalistas, por el contrario, exigen que se determine el contenido de la voluntad. La voluntad consciente de la meta, rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción. En los casos de los delitos dolosos, los finalistas identifican finalidad y

53 Welzel, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía,* Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

dolo. Así, Busch sostiene que "esta voluntad de actividad final y que sustenta la acción, es idéntica al dolo —desprovisto de todo contenido ético— sea que se agote en él, sea que lo comprenda como parte de sí misma". De esta manera, el dolo es considerado como elemento subjetivo de la acción y del injusto y se le arranca del campo de la culpabilidad.

En relación a los delitos culposos, afirman los finalistas que el objetivo de tales hechos constituye una propia finalidad del ser, un real proceso psicológico, que se refiere a un resultado extratípico. Welzel parte de una crítica severa contra el relativismo axiológico y el normativismo del pensamiento jurídico neokantiano. En las "estructuras lógico-objetivas" del mundo —impregnado de sentido por la vida comunitaria— constata la fusión de elementos críticos y axiológicos. Desde esta perspectiva, describe las "estructuras lógico-objetivas" como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede, por tanto, modificar y a las cuales debe atenerse estrictamente. En derecho penal, la estructura lógico-objetiva fundamental es, según Welzel, la acción humana caracterizada, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado.[54]

RECUERDA

SEGÚN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA, la acción es un comportamiento humano sometida a la voluntad orientada hacia un resultado determinado.

Contra esta idea esencial del finalismo se dirige la crítica que afirma la dependencia de la finalidad del comportamiento humano con rela-

54 WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía,* Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

ción al sistema normativo. Son los objetivos de este los que permiten caracterizar la finalidad de la acción. La noción de acción del finalismo no sería, contrariamente a sus afirmaciones, una noción crítica y prejurídica, sino más bien de carácter normativo. De modo que no se podría seguir invocando las "estructuras lógico-objetivas" para justificar el análisis de la infracción. Es cierto que es capacidad propia del hombre la de proponerse fines y de orientarse hacia ellos. Pero no siempre el hombre actúa de esta manera. Por lo que es exacto afirmar con Kaufmann que "la acción final no es sino un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción". Es de considerar que tal definición no comprende a las diversas acciones automáticas (importantes en la circulación automotriz, por ejemplo), a las acciones intempestivas y violentas y a las acciones pasionales.

Esta circunstancia es, generalmente, admitida por los partidarios del finalismo. Así, Stratenwerth dice que estos "supuestos faltan en el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción"; pero, al mismo tiempo, afirma que, "no obstante su carácter inconsciente, se trata de acciones dirigidas de tal manera que pueden resultar conscientes". Este autor alemán se esfuerza, pues, en explicar que "comportamientos inconscientes son posibles de ser dirigidos hacia un fin", y que "sólo en la medida en que lo sea, es razonable incorporarlos al concepto como objeto posible de la valoración jurídico-penal". Este esfuerzo no logra, sin embargo, neutralizar de manera satisfactoria las objeciones formuladas contra la teoría finalista.

El concepto finalista de acción no comprende el comportamiento omisivo ni explica cabalmente la acción culposa (producción de un resultado ilícito mediante negligencia). A fin de superar las críticas que se hacen, fundamentalmente, a su concepción en el dominio de las acciones culposas, es que Welzel se refirió a la noción de cibernética. Los esfuerzos de los finalistas en este sentido no han sido efectivos; de allí que se pueda sostener que la "historia de la teoría finalista

es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos".

Es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, es también una acción final; pero, asimismo, también es cierto que esta finalidad es jurídicamente irrelevante (extratípica) y que las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad) no se refieren a ella.

Se ha tratado también de salvar esta objeción, sin mucho éxito, recurriendo a la noción de "finalidad potencial". Así se dice, por ejemplo, que conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción "realmente finalista"; y que el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una "finalidad potencial"; la misma que condiciona la valoración jurídico-penal. En este sentido, para Stratenwerth la clara comprensión del doble rol de la finalidad permite esclarecer en definitiva el hecho de que tanto las infracciones dolosas como culposas se apoyan sobre el substrato de la voluntad real de acción del autor.

Se critica, igualmente, a la teoría finalista por su concepción natural del dolo (considerado sólo como fenómeno psicológico: intención) y porque la naturaleza misma de la finalidad no permite comprender al denominado dolo eventual.

3. Teoría de la acción social

De acuerdo a los partidarios de la concepción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano.

Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de

una de las posibilidades de acción que, de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición. Tal respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado mediante un suceso en principio controlable (causalidad).[55] Según esta concepción, socialmente relevante implica la relación del individuo con el mundo circundante (*milieu*), el que es alcanzado por sus efectos. Por lo que es necesario que el comportamiento sea eficaz hacia el exterior; siendo suficiente, en caso de omisión, la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción esperada.

De esta manera, los partidarios de la acción social tratan, evitando los errores de los causalistas, de comprender las diversas formas de comportamiento. El elemento común a estas sería su carácter socialmente relevante. Determinar la importancia de la acción supone un punto de referencia que es de naturaleza normativa.

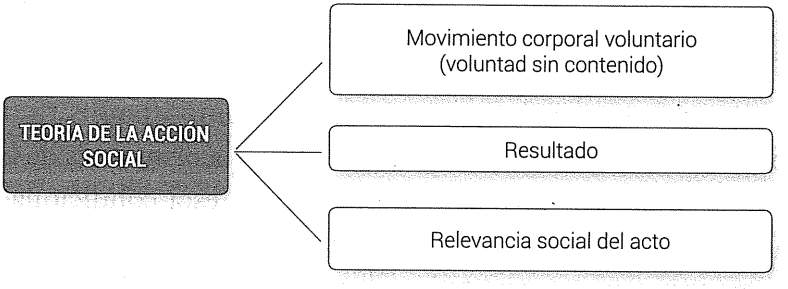
EJEMPLO

Un ejemplo claro es el de los actos omisivos. Esta forma de acción se explica solo con referencia al comportamiento omitido; es decir, se espera que alguien realice una acción determinada.

La expectativa a la ejecución de esta "acción esperada" está condicionada por una norma. Así, la tesis de la acción social —continuadora de la causalista— es también un criterio normativo que está obligado, para constituir una noción unitaria y general, a dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento.

55 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

Las mismas observaciones se pueden formular con relación a otras propuestas tendientes a caracterizar la acción. Es el caso, por ejemplo, del criterio de Kaufmann, conocido como "teoría de la acción personal". Según este autor, la "acción humana" es la configuración responsable, provista de sentido, de la realidad, con consecuencias causales que la voluntad está en condición de dominar (y, por lo tanto, imputables al autor). De acuerdo a esta definición, resulta inadmisible aceptar que la omisión constituye una "configuración de la realidad". La discusión entre los representantes de las concepciones causalista (comprendida la de la acción social) y finalista ha perdido vehemencia e interés. Caracterizado por una orientación teórico-dogmática acentuada, el debate ha ido concentrándose en preocupaciones de índole político-criminal.



De la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concepciones sobre la acción, no es posible constatar que se trata, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son aquellos considerados por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. De la noción de acción causal (voluntario accionar) o de la noción de la acción finalista (consideración óntica de la acción dirigida a un meta), no se puede deducir simplemente las características y los alcances de dichos elementos de la infracción.

Es con la ayuda de éstos, más bien, que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida a un fin, la producción causal de un resultado o el simple no hacer algo. Para esto se debe tener en cuenta que las normas penales tienen como referencia inicial un daño o un peligro que implican la violación de un bien jurídico.

Debido a que la consecuencia penal no es fundamentada, mediante la ley, en los mismos factores, resultan vanos los intentos para concebir un concepto único y englobante de toda forma de accionar humano relevante para el derecho penal. Si bien de esta afirmación es factible deducir que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal, esto no significa que su proceder sea siempre correcto y justo. Aquí entran en juego criterios axiológicos y de política crimina y l que es indispensable discutir abiertamente.

Al interior del sistema, lo que interesa es el comportamiento típico. De lo afirmado se deducen dos consecuencias: la primera es de índole general, la caracterización de la infracción no está condicionada en definitiva por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera como se concreticen las nociones de tipicidad e ilícito. La segunda está más en relación con la problemática de la acción: la función que desempeña la noción de acción, cualquiera que sea su orientación, es de carácter negativo: sirve para eliminar —a partir de los tipos legales, en buena cuenta— los hechos irrelevantes para el derecho penal.

RECUERDA

SEGÚN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano.

II. LA CONDUCTA

1. Definición

Es aquella acción significativa en el mundo exterior, que es dominado o al menos dominable por la voluntad. Por lo tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que —como, por ejemplo, los movimientos reflejos o los ataques convulsivos— son sencillamente indomables para la voluntad humana"[56].

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

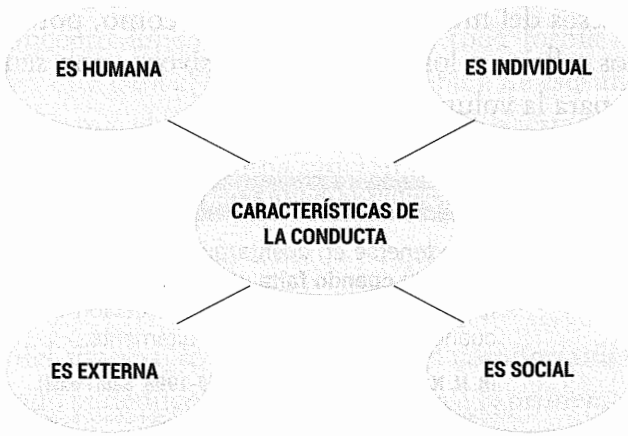
Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante **cuando falta voluntad**, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente.

(R. N. N.º 3019-98-Puno, de 18-09-1998. Sala Penal).

El término "conducta", en el lenguaje común, designa la forma de actuar de un ser humano, el modo como los hombres dirigen sus acciones. Desde esta perspectiva, existen dos maneras de comportarse: una, llevando a cabo un hacer (acción); y otra, dejando de hacer (omisión). Todos los días realizamos formas de actuación humana. Se pasea o se permanece en casa, se le da muerte a alguien disparándole con un arma de fuego o se respeta la vida ajena. Así, el hombre es un ser lleno de potencialidad. Por ello la conducta no es una creación artificial del legislador, sino un concepto extraído de la vida real que se expresa en el contexto social.

56 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 194.

Entre los múltiples aspectos que presenta este problema es de destacar, por ahora, solo el del rol que se atribuye a la voluntad en la caracterización de la acción. Otro punto crucial es el referente a la factibilidad de elaborar una noción de acción comprensiva de todas sus formas de aparición, en que se manifiesta el hacer como el omitir, el proceder doloso como el culposo. Unos la admiten otros la rechazan y algunos llegan a sostener que es superflua.



2. Características de la conducta

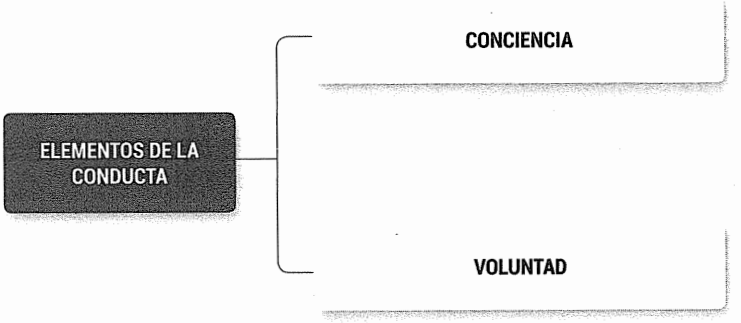
La conducta en general presenta como características principales que es humana, individual, externa y social.

Es **humana** pues la conducta, para efectos jurídicos penales, debe ser llevada a cabo o ejecutada por un ser humano.

Es **individual** porque la conducta es expresión del ser humano. Cuando la conducta punible es efectuada por varias personas, el aporte de cada ser humano será la expresión de su individualidad

Es **externa**, pues la conducta, para que sea jurídico-penalmente relevante es menester que se exteriorice, que trascienda al mundo exterior. Así, los pensamientos y los propósitos no delinquen.

Es **social**, dado que la conducta habrá de efectuarse en el mundo, por lo que comporta repercusiones en los demás.



3. Elementos de la conducta

a. Conciencia

La existencia de conciencia implica que quedan proscritos, por no existir base del delito, aquellos comportamientos en los que no medie un actuar dominado por el espíritu interno del sujeto.

b. Voluntad

Se requiere que el sujeto tenga un actuar de suyo voluntario, esto es, que no medien factores externos que anulen la libertad absoluta del sujeto.

A partir de la conciencia y voluntad —los que son elementos *sine qua non* para la existencia de una conducta penal— se deduce cuáles son los supuestos de inexistencia o ausencia de conducta como se ve a continuación.



4. Causas que excluyen la conducta

No hay delito sin conducta. Invariablemente ocurre así cuando falta una manifestación exterior, o sea, una modificación externa. No obstante, se prestan a dudas aquellos casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual hay una ausencia de voluntad que lo haya dirigido. Para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

Nos hemos referido a la conducta como concepto pretípico y fundamentador de la teoría del delito. Hay una serie de circunstancias que excluyen la conducta y se denominan "causales excluyentes de la conducta".

El obrar que no depende de la voluntad del hombre no es "conducta". Por tal razón no hay delito cuando median[57]:

57 Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general.* Temis, Bogotá, 1996, p. 7.

- *Caso fortuito.* Es el acontecimiento humano dañoso, involuntario e imprevisible que no pudo ser previsto o que, aun previéndolo, era imposible evitar.
- Fuerza física irresistible. Es aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover). Esto es, lo mantiene en el mismo estado en que el sujeto se encontraba en el momento en que se ve sorprendido por esa *vis physica.*
- Acto reflejo. Estos reflejos condicionados no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados —o producidos— por la voluntad de la persona.
- Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos.
- Impresión paralizante. Ocurre cuando el sujeto queda paralizado, aunque sea momentáneamente, por una intensa impresión física (deslumbramiento) o psíquica (como un acontecimiento imprevisto).
- Estado de necesidad (legítima defensa). En la legítima defensa también existe una ausencia de una fase que se llama fase interna de la acción.
- Actos efectuados por seres que no son humanos. Son ciertos actos o resultados que no obstante ser lesivos (lesiones, muerte, etc.) son realizados por animales.

EJEMPLO

El caso de perros callejeros que muerden a transeúntes. Es diferente cuando una persona utiliza un animal para causar daño, el resultado le es imputable a esa persona.

No obstante, estos actos no deben verse limitados exclusivamente a los animales, considerando los procesos tecnológicos de automatización y creciente robotización en la sociedad actual.

III. CONCEPTO, ELEMENTOS Y FASES DE LA ACCIÓN

1. Concepto de la acción

Acción es la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo.[58]

La *conducta activa* debe ser *voluntaria*. Si es involuntaria (por ejemplo, en el caso fortuito), la acción se excluye del campo delictivo.

La *conducta activa* debe *exteriorizarse en el mundo material*; si ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción también se excluye del campo delictivo.

La *posibilidad de cambio* se da en los **delitos frustrados** y en la **tentativa**. En estos delitos no es imprescindible que se produzca el cambio, en tal virtud quedan sujetos a sanción delictiva.

RECUERDA

ACCIÓN ES la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo.

58 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, p. 53.

2. Elementos de la acción

a. La manifestación de la voluntad (impulso volitivo)

Se traduce en un movimiento, en una conducta corporal externa, o en una actuación del agente.

b. El resultado

Es el efecto externo de la acción que el Derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo, y que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior (por ejemplo, robo, incendio) o en el peligro de que dicha alteración se produzca. Es un efecto de modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito penal. Asimismo, hay que notar que es elemento de la acción sólo en los delitos materiales.

c. La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado

Si hay tal, se sigue el supuesto criminal hasta la responsabilidad penal; si no hay relación, se suspende el seguimiento del supuesto porque no hay acción.

EJEMPLO

Existe relación cuando alguien dispara y mata o cuando alguien arroja un animal feroz a otro, en ambos se comete delito de homicidio.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD (IMPULSO VOLITIVO)	EL RESULTADO	LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD Y EL RESULTADO
Se traduce en un movimiento, en una conducta corporal externa, o en una actuación del agente.	Es el efecto externo de la acción que el Derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo, y que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior.	Si hay tal, se sigue el supuesto criminal hasta la responsabilidad penal; si no hay relación, se suspende el seguimiento del supuesto porque no hay acción.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. La relación de causalidad y la imputación objetiva. Que la conducta fue tipificada como delito de lesiones culposas, que desde una perspectiva típica uno de los elementos que integra la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas que exigen la producción de un resultado material, es la imputación a una persona del resultado lesivo, fuera del nexo o relación de causalidad, en tanto en cuanto se debe evitar que cualquiera pueda ser causalmente autor por el mero hecho de conducir un automóvil. El peatón es impelido contra un escaparate

(Recurso de Queja N.º 374-2012-Huancavelica. Ejecutoria Suprema de fecha 10 de enero de 2013).

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

2. La relación de causalidad y la imputación objetiva. "El recurrente niega erróneamente la afirmación de un nexo causal entre su conducta y el resultado dañoso producido, cuando señala que la muerte de las víctimas no se produjo por quemaduras, sino por asfixia de gases tóxicos. Se queda con ello en el plano de causalidad natural. Lo relevante no es la comprobación de la conexión directa de la conducta del agente con el resultado

lesivo, sino si a ésta puede objetivamente imputársele la producción del resultado".

(Expediente N.º 306-2004. Sentencia de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de fecha 24 de noviembre del 2004).

◇◇◇

3. Sujeto de la acción

El sujeto de la acción es el ser humano, aunque el sujeto puede ser otro, pero si no es un ser humano, no puede ser considerar delito.

4. Ausencia de la acción

El obrar no dependiente de la voluntad del hombre no es "acción". Por tal razón no hay delito cuando median[59]:

• **Caso fortuito.** Es el acontecimiento humano dañoso, involuntario e imprevisible que no pudo ser previsto o que, aun previéndolo, era imposible evitar.

EJEMPLO

El chofer que conduce a velocidad permitida y observando las reglas (hombre diligente), pero que atropella a un peatón que se le cruza, sin que pueda frenar.

Se entiende por caso fortuito aquel acto o exteriorización que no obstante ejecutarse con diligencia y cuidado (con precaución) producen un resultado lesivo (muerte o lesiones) no previsible o que, siendo previsible, es inevitable. Son elementos del caso fortuito: la ejecución de una acción, que la acción se esté ejecutando de manera cuidadosa, que la acción produzca un resultado lesivo (lesiones o muerte) y que el resultado sea previsible para quien ejecuta la acción o que siendo previsible sea inevitable.

• **Fuerza física irresistible.** El concepto de fuerza irresistible ya era contemplado en el derecho romano y en el derecho común con el nombre de *vis physica* absoluta o ablativa. La fuerza irresistible es

59 Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general,* Temis, Bogotá, 1996, p. 7.

el único supuesto de ausencia de acción que se encuentra regulado en nuestro Código Penal (artículo 20, inciso 6). Podemos definirla como aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover). Esto es, lo mantiene en el mismo estado en que el sujeto se encontraba en el momento en que se ve sorprendido por esa *vis physica*. Este concepto se contrapone al concepto de miedo insuperable (importante concepto en el derecho penal), y que se denominó *vis moralis*. En este caso (*vis moralis*), el sujeto sí puede moverse físicamente y por tanto posee una voluntad libre, aunque coartada en el ejercicio de su libertad.

La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que produce que una persona actúe sin capacidad de control. Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir, el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma.

EJEMPLO

Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso, el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible —el temblor—, por lo que no hay acción.

Un caso diferente se da si fue una persona la que produjo la fuerza física irresistible, pues esta sí responde.

EJEMPLO

- Si "A" empuja a "B" para que impulse a "C", que se encuentra en el borde de un barco y, efectivamente "C" cae y muere, "A" responde por la muerte de "C", mientras "B" sólo fue víctima de una fuerza irresistible —empujón— producido por "A".
- El peatón es impelido contra un escaparate y lo rompe. No es autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido violencia será sancionado.

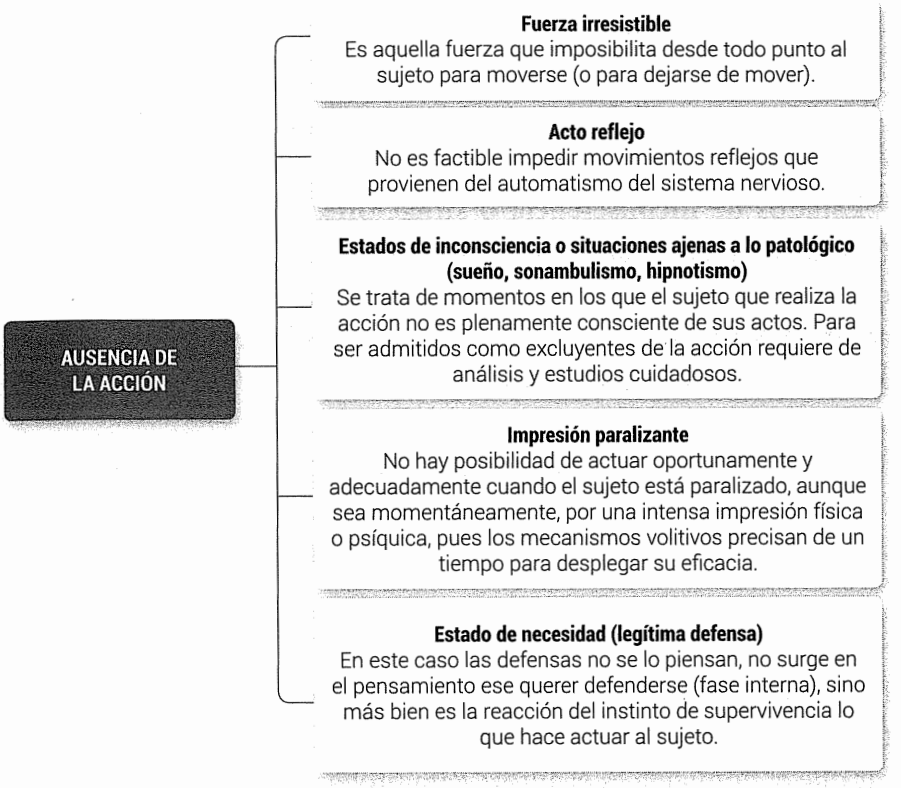
El concepto de fuerza irresistible también es de gran importancia en el Derecho penal, porque excluye la acción del individuo, ya que quita toda voluntariedad a su conducta. O si queremos ser más preciso, el individuo que se ve afectado por una *vis physica*, no se da en él una conducta humana. Claro está que, si el individuo no ejecuta una acción, puede realizar el hecho típico, antijurídico y penado en el Derecho positivo, pero no podemos, en puridad, hablar de comisión de delito: el actor del "delito"[60] (entendamos ahora como hecho típico, antijurídico y penado), es inimputable. Así, y repitiendo lo dicho, para que podamos hablar de delito o falta debe haber una acción o una omisión, y la *vis physica* excluye la misma.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. El derrumbe de un tramo de canal de aducción de la central hidroeléctrica que causó la afectación del servicio público y perjuicios económicos, ocurrido en circunstancias de inexistencia de dolo o culpa de los procesados, y debido a fallas geológicas, no resulta imputable penalmente a los acusados.

(Consulta N.º 1917-93-Apurímac, de 31-10-1997, Sala Penal).

60 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.



• **Acto reflejo.** No es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso. Estos reflejos condicionados no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados —o producidos— por la voluntad de la persona. Como indica el profesor Muñoz Conde: "El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los trasmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores". Es aquí donde radica la diferencia con los denominados actos de corto circuito, explicados anteriormente.

EJEMPLO

Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona.

◇◇◇

la acción. En este caso las defensas no se lo piensan, no surge en el pensamiento ese querer defenderse (fase interna), sino más bien es la reacción del instinto de supervivencia lo que hace actuar al sujeto.

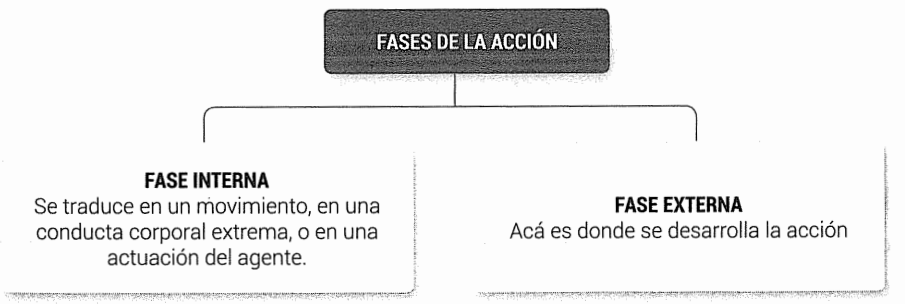
Puesto que no hay delito sin acción, obviamente cuando no existe acción tampoco hay delito. Invariablemente ocurre así cuando falta una manifestación exterior, o sea, una modificación externa. No obstante, se prestan a dudas aquellos casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual hay una ausencia de voluntad que lo haya dirigido. Para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

5. Fases de la acción

Existen dos fases:

- *Fase interna.* En la fase interna la acción solo sucede en el pensamiento.[61]
- *Fase externa.* Acá es donde se desarrolla la acción.

Si no hay acción no hay delito, porque es una de las partes de la estructura del delito.



61 Villavicencio, Felipe, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 112.

6. Acción y resultado

Como ya hemos señalado, el resultado es el efecto externo que el derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior o en el peligro de que dicha alteración se produzca.

Cuando hay acción externa siempre hay resultados, este es causal de imputabilidad. La ley también castiga la simple manifestación de la acción, por ejemplo, la tentativa.

El efecto no se da en todos los delitos, por ejemplo, no se da en los **delitos formales**, en estos el delito se perfecciona con la sola manifestación de la voluntad o la tenencia de máquinas para delinquir.

En los delitos formales jamás se da la tentativa, este sólo se da en los delitos materiales

Igualmente, en los *delitos frustrados* no hay resultado. Por eso el resultado no siempre es un elemento esencial para que un delito se perfeccione.

IV. LA ACCIÓN Y LA CAUSALIDAD

1. Teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non (von Bury)*

Hay un conjunto de causas y condiciones. El Derecho penal tiene que fundar la imputabilidad y por ende la responsabilidad criminal en una sola causa o condición.

Esta teoría dice que si un sujeto ha puesto una de las condiciones o causas para un resultado antijurídico es responsable criminalmente no solo de esa causa sino del conjunto de causas. De ahí el nombre de *equivalencia.*

EJEMPLO

Un sujeto hiere a otro, pero no mortalmente. La víctima es llevada en una ambulancia que, en su trayectoria a un hospital, vuelca aparatosamente y se produce la muerte del herido. El autor de la herida es homicida porque si no le hubiese herido no hubiera sido llevado en la ambulancia.

El autor es responsable del conjunto de causas y condiciones que llevaron a tomar la ambulancia.

2. Teoría de la causa adecuada (von Kries)

Según esta teoría, hay que elegir del conjunto de condiciones una adecuada para causar el resultado de acuerdo a lo que se considera corriente y normal en la vida.

EJEMPLO

Si alguien golpea a otro en la nariz, es normal que sangre. Pero si luego, negligentemente, muere por desangramiento, el golpe no es la causa de esta muerte, por tanto, el autor es irresponsable penalmente.

¿Quién debe determinar cuál es la causa adecuada para que se produzca un resultado? La doctrina dice que se debe determinar teniendo en cuenta los conocimientos del hombre medio y de modo particular del autor.

La *teoría de la equivalencia* amplía la responsabilidad; la *teoría de la condición adecuada* favorece la irresponsabilidad, aunque también favorece a descartar otras causas.

3. Teoría de la causa típica (Ernst von Beling, Edmundo Mezger)

Acepta la teoría de la causa adecuada pero sólo en relación a cada tipo delictivo. Se debe aceptar la condición más adecuada del matar, del robar, siempre y cuando haya un solo criterio en definir qué es robar, qué es matar.

CAPÍTULO 3
LA OMISIÓN

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la omisión, su definición y sus elementos. Se analizan las clases de los delitos de omisión (delitos de simple omisión y delitos de comisión por omisión), la omisión y otras figuras penales como el caso fortuito, el delito frustrado o tentativa acabada, la tentativa, el delito material (o de resultado) o la imputabilidad.

I. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

1. Definición

La omisión es el delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave. Es el comportamiento voluntario de no hacer algo que el ordenamiento jurídico esperaba que el sujeto hiciese. Esta acción negativa u omisión vulnera la norma imperativa.[62]

La omisión en sí misma no existe. La omisión es la ausencia de una acción que se puede (y se debe) hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada.[63]

El injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva (omisión propia) o prohibitiva (omisión impropia), en cambio, el injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe. En el tipo de omisión no se requiere la pasividad física del autor, pues sucede que suele cometerse mediante la realización de una conducta activa[64] o simplemente realizar una conducta distinta a la que se está llamado a hacer. Los lineamientos

62 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general,* Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 237.

63 Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 238.

64 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 318.

conceptuales esbozados *supra* son aplicables a todo tipo de conducta omisiva.

Estas conductas se diferencian en dos grandes grupos: a) Omisión propia (el no hacer algo determinado), y b) omisión impropia/comisión por omisión (el no hacer y la no evitación de un resultado).

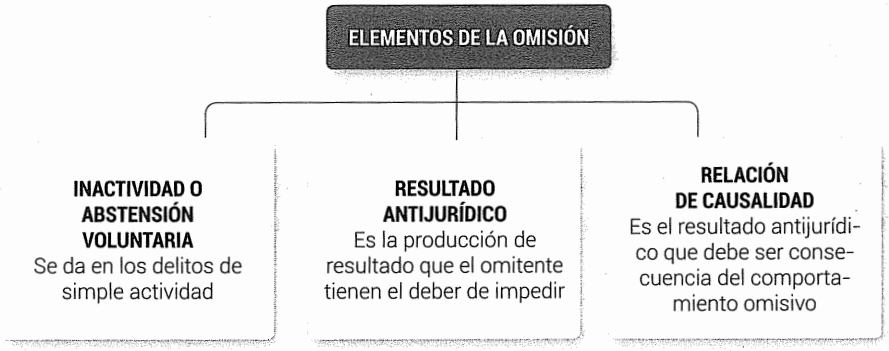
2. Elementos

Para que se configure esta omisión se deben considerar estos elementos:

1. Inactividad o abstención voluntaria. Se da en los delitos de simple actividad.
2. Resultado antijurídico, es decir, la producción de resultado que el omitente tiene el deber de impedir.
3. Relación de causalidad. Es el resultado antijurídico que debe ser consecuencia del comportamiento omisivo.

RECUERDA

LA OMISIÓN ES el delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal.



II. CLASES DE DELITOS DE OMISIÓN

Se describe una situación típica, en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado.

Su estructura exige:

a) La situación típica
b) La ausencia de una acción determinada.
c) La capacidad de realizar esa acción determinada.

La clasificación de omisión puede ser señalada así:

1. Delitos de simple omisión u omisión pura o propia

Como una corta definición, consiste en *el no hacer lo que la ley manda*. Es decir, vulnera la norma preceptiva e imperativa[65] (por ejemplo, del deber de denunciar). Los delitos de omisión pura o propia son de *numerus clausus*, esto es, se requiere que estén expresamente contemplados como tales en el Código Penal. Los elementos necesarios en este tipo de delitos son:

i) **Existencia de la situación típica** (esto es, que el sujeto activo se encuentre en la hipótesis contemplada en el tipo penal).
ii) **La ausencia de una acción determinada** (esto es, el no hacer propiamente dicho).
iii) **Capacidad de realizar esa acción** (es decir, el sujeto activo tiene que tener la posibilidad fáctica y razonable de realizar la acción).

En la omisión propia, la conducta omisiva por sí sola estructura el tipo penal. Es decir, con el simple *no hacer* (o hacer algo distinto) se perfecciona la conducta punible, sin necesidad de que exista un resultado físico o un cambio en el mundo externo.

---

65 Aquella que ordena el actuar determinado, por ejemplo: "auxilia", "socorre", "presta alimentos", etc.

Por ejemplo, son supuestos de omisión pura o propia, los siguientes tipos penales, entre otros:

CÓDIGO PENAL

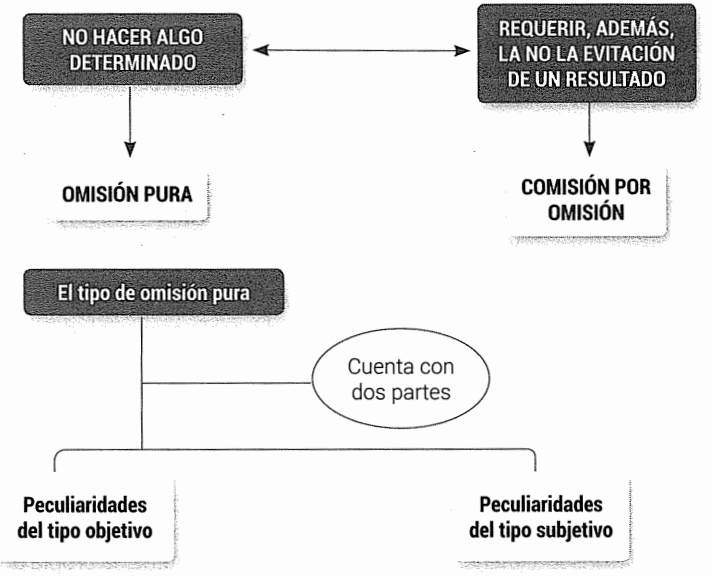
Artículo 407.- Omisión de denuncia
El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

CÓDIGO PENAL

Artículo 126.- Omisión de socorro y exposición a peligro
El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

CÓDIGO PENAL

Artículo 127.- Omisión de auxilio o aviso a la autoridad
El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.



PRECEDENTE VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Omisión de denuncia

Sétimo. [Esta] Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y -por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el Asunto De la Cruz Flores versus Perú; que dicha sentencia en el párrafo ciento dos estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no solo 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 considera 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; que, ahora bien, los cargos contra el encausado PRI o PRII no se centran en el hecho de haber

atendido circunstancial y aisladamente a pacientes que por sus características denotaban que estaban incursos en delitos de terrorismo, menos -en esa línea- por no haberlos denunciado -hechos que por lo demás él niega categóricamente-, sino porque estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de la organización terrorista "Sendero Luminoso"; que, en su condición de tal, el citado imputado recabó y prestó su intervención en las tareas -ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias- de apoyo a los heridos y enfermos de "Sendero Luminoso", ocupándose tanto de prestar asistencia médica -cuyo análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados- y también de proveer de medicamentos u otro tipo de prestación a los heridos y enfermos de la organización -cuyo acercamiento al herido o enfermo y la información de su estado y ubicación le era proporcionado por la propia organización, no que estos últimos hayan acudido a él por razones de urgencia o emergencia y a los solos efectos de una atención médica-, cuanto de mantener la propia organización de apoyo estructurada al efecto -con esta finalidad, como ya se destacó, trató de convencer a una de sus integrantes a que no se aparte de la agrupación-; que, desde luego y en tales circunstancias, los actos realizados por el acusado estaban relacionados con la finalidad de la organización terrorista -de mantener operativos a sus militantes para que lleven a cabo conductas terroristas-, a partir de una adecuación funcional a las exigencias de aquella, y de ese modo favorecer materialmente la actividad de "Sendero Luminoso".

(R. N. 1062-2004-Lima, del 22-12-2004. Sala Penal Permanente)

2. Delitos de comisión por omisión u omisión impropia

Es hacer lo que no se debe, dejando hacer lo que se debe. En este caso se vulnera una norma prohibitiva. Esta forma de omisión no se encuentra regulada dentro del tipo legal mismo, pero se deduce de este a partir del artículo 13 del CP.

CÓDIGO PENAL

Artículo 13.- Omisión de denuncia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

De este modo, tipos penales que en su descripción legal suponen en principio una comisión activa pueden ser sancionados por comisión por omisión. En la comisión por omisión el sujeto omitente tiene dominio sobre el fundamento, origen o razón del resultado (en virtud a sus deberes de protección y salvamento). Señala Silva Sánchez que habrá comisión por omisión cuando el sujeto omitente se ha comprometido a contener el peligro, ha creado una barrera de contención del peligro con un compromiso suyo, pero luego retira esa barrera o retira la palabra dada en compromiso. He allí la responsabilidad del omitente impropio: el retirar la barrera de contención supone el descontrol punible que debía cuidar, proteger y supervisar.

Esta forma de realización de la conducta es el *delito del silencio* y es la forma de imputación del futuro, pues las formas de criminalidad contemporánea prefieren evitar los comportamientos activos (por ser estos más observables ontológicamente) y prefieren no hacer o mirar a un lado distinto ignorando la acción que la ley espera de él.

El delito de comisión por omisión alcanza el resultado mediante una abstención.

EJEMPLO

1. Dejar de amamantar.
2. Enfermera que deja de alimentar al paciente para que muera.
3. Abandono de hijos menores.

Al igual que en la omisión propia, en la omisión impropia se necesitan ciertos requisitos sin los cuales no cabría una imputación por omisión impropia. Estos son:

- **Situación típica.** Esta es la situación descrita en la ley como conducta de comisión activa.
- **Ausencia de la acción determinada.** Implica el no hacer (o hacer algo distinto) del que tiene la posición de garantía.
- **Capacidad de realizarla.** El que tiene posición de garante debe encontrarse en la posibilidad fáctica, razonable y humana de realizar la acción esperada. No se requiere que el garante realice acciones de superhombre, pero tampoco puede excusarse en que este estaba dormido, ebrio o distraído.
- **Posición de garante.** En los delitos de omisión impropia solo puede ser autor el que tiene posición de garante.
- **Producción del resultado.** Mientras que en los delitos de omisión propia basta la ausencia de acción (son tipos de mera actividad) en la omisión impropia son tipos de resultado.





JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Omisión impropia

Undécimo. Desde el artículo 13 del Código Penal los delitos que consistan en la producción de un resultado -resultado material ya sea de lesión o de peligro- pueden cometerse, cumpliéndose determinados elementos típicos, objetivos y subjetivos, por omisión. Es la modalidad de omisión impropia. Es sabido, y la sentencia recurrida los enumera, que en estos casos, en la perspectiva objetiva, han de concurrir tres elementos, coincidentes con los delitos omisivos puros: a) una situación típica, b) ausencia de la acción determinada que le era exigida al agente, y c) capacidad de realizarla. Además, han de concurrir tres requisitos específicos: (i) la posición de garante, (ii) la producción del resultado y (iii) la posibilidad de evitarlo (Conforme: STSE 537/2005, de 25 de abril). Se resalta la inacción como acto positivo, que se produce cuando el obligado estaba a actuar en defensa del bien jurídico. El agente, por lo demás, a los efectos del denominado "juicio de identidad" -siempre de carácter normativo-, ha de tener el dominio material y directo de la causa fundamental del resultado. En el aspecto subjetivo, el agente debe conocer las circunstancias que generan su deber o conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar (la posición de garante y el peligro de producción del resultado) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, y sin embargo decide no actuar (STSE 459/2013, de 28 de mayo). El agente debe conocer que tiene el deber de intervenir en la situación que se presenta y debe comprender al omitirlo que su intervención podría evitar el resultado de lesión o de peligro (STSE 1697/2002, de 19 de octubre). El dolo, por otro lado, ha de estar definitivamente probado.

(R. N. 2174-2017-Lima, de 23-01-2018. Sala Penal Permanente).

3. Posición de garantía

Se han desarrollado dos teorías en torno a la posición de garante. La primera es la teoría formal del deber jurídico[66] y la teoría de las funciones que acoge la doctrina mayoritaria (cuyo precursor fue Armin Kaufmann).

66 Difundida en España por Jiménez de Asúa.

a. Teoría formal del deber jurídico

En base a esta teoría se tiene posición de garante en tres supuestos: por ley, por contrato y por actuar precedente (injerencia)

• **Por ley.** En este supuesto, asume la posición de garante aquel que por mandato legal (por *ley* se entiende en sentido amplio, esto es, normas constitucionales, tratados internacionales, normas con rango de ley e incluso normas infralegales) está obligado a proteger bienes jurídicos de terceros.

EJEMPLO

Mencionemos estos ejemplos: una estrecha relación familiar (los padres tienen por ley posición de garante respecto de los hijos), los policías respecto de los ciudadanos o los funcionarios públicos respecto del actual de sus subordinados dentro de su ámbito de competencia y supervisión (deberes estatales), los bomberos respecto de los siniestrados, etc.

• **Por contrato o voluntad.** En este supuesto, el sujeto asume posición de garante en virtud a su libre autonomía de la voluntad y decisión a raíz de ella de proteger ciertos bienes jurídicos, también llamada asunción voluntaria (bajo la nomenclatura de la teoría de las funciones) de deberes.

EJEMPLO

El caso del salvavidas respecto de los bañistas, el guardaespaldas respecto de la persona que presta vigilancia, la enfermera respecto del paciente o de la niñera respecto del niño que vigila, etc.

• **Por injerencia o actuar precedente.** En este supuesto, el sujeto asume la posición de garante en virtud a la conducta previa que sea

esencialmente riesgosa y de las cuales se derivan deberes de salvamento respecto de los peligros que dicho actuar precedente pueda generar. En razón de la conducta anterior creadora del riesgo, quien la ejecuta queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo, en consecuencia, el deber jurídico de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable.

EJEMPLO

Quien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla; quien aumenta la velocidad de un automóvil tiene que moderar la velocidad en caso necesario, o quien atropella a una persona se obliga a prestarle ayuda, o quien hace fuego en el bosque para calentarse o preparar una comida tiene la obligación de procurar que el fuego no degenere en el incendio del bosque, respondiendo por este en caso se produzca.

b. Teoría de las funciones

Esta teoría es amplificadora respecto de la primera, pues contiene los supuestos de la primera, pero incluye otros en virtud al bien jurídico y las funciones que sobre él debe cumplir la posición de garantía: i) la función de protección del bien jurídico y ii) la función personal del control de una fuente de peligro.

b.1. Función de protección de un bien jurídico

Se incluyen en este apartado aquellas situaciones en que una relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que este se hace garante del mismo.[67] Dentro de estos supuestos en-

67 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 330.

contramos i) la existencia de una estrecha vinculación familiar, ii) la comunidad de peligro, y iii) La asunción voluntaria.

• **La existencia de una estrecha vinculación familiar.** Son aquellos supuestos en los que existen relaciones familiares más próximas que comportan una dependencia existencial de unas personas respecto de otras. Este primer supuesto no es, en principio, problemático pues según las normas civiles existen obligaciones conyugales, paterno-filiales, y también se encuentra contemplada dentro de la teoría formal del deber jurídico. Sin embargo, lo esencial, como apunta Mir Puig[68] no es el tipo de relación familiar sino la *dependencia absoluta* que pueda existir de una persona respecto de otra, *asumida por parte de esta*. En este sentido podemos encontrar supuestos de "comunidad de vida" en los que no existe necesariamente una norma legal de vinculación entre sí.

EJEMPLO

Las relaciones de convivencia homosexual o la relación de una estrecha amistad entre personas que comparten un mismo departamento, o de familiares por afinidad que comparten el mismo techo.

Aunque ciertamente el concepto de "comunidad de vida" como fuente de la posición de garante es discutido en doctrina, sin embargo, queda claro que el concepto de familia y su vinculación no puede ser un concepto estanco en el tiempo sino evolucionar conforme lo hace la sociedad.

• **La comunidad de peligro.** Se refiere a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en que intervienen varias personas tácitamente obligadas a, en su caso, socorrerse entre sí.

68 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 331.

EJEMPLO

El alpinismo, los deportes extremos, o recorrer los "Caminos del Inca", expediciones de guerra.

En estos casos se realiza una situación que *ex ante* es considerada peligrosa y, por tanto, todos los participantes de dicha actividad de suyo peligrosa y en caso de una situación perturbadora estarían obligados mutuamente a revertir el peligro, este supuesto parecería ser un supuesto de posición de garante por "injerencia mutua o compartida".

• **La asunción voluntaria.** En este supuesto tiene posición de garante quien asume la protección, pero solo cuando lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia dentro del primero. Un sector de la doctrina reconduce este supuesto al clásico contrato desde la perspectiva formal y además el supuesto de la ley dentro de esta posición de garantía[69], por ser fuentes de deberes que gozan del respaldo del ordenamiento jurídico, y, en buena cuenta todos los ciudadanos al vivir en sociedad y ser parte del poder constituyente asumimos voluntariamente cumplir las leyes (en su sentido amplio).

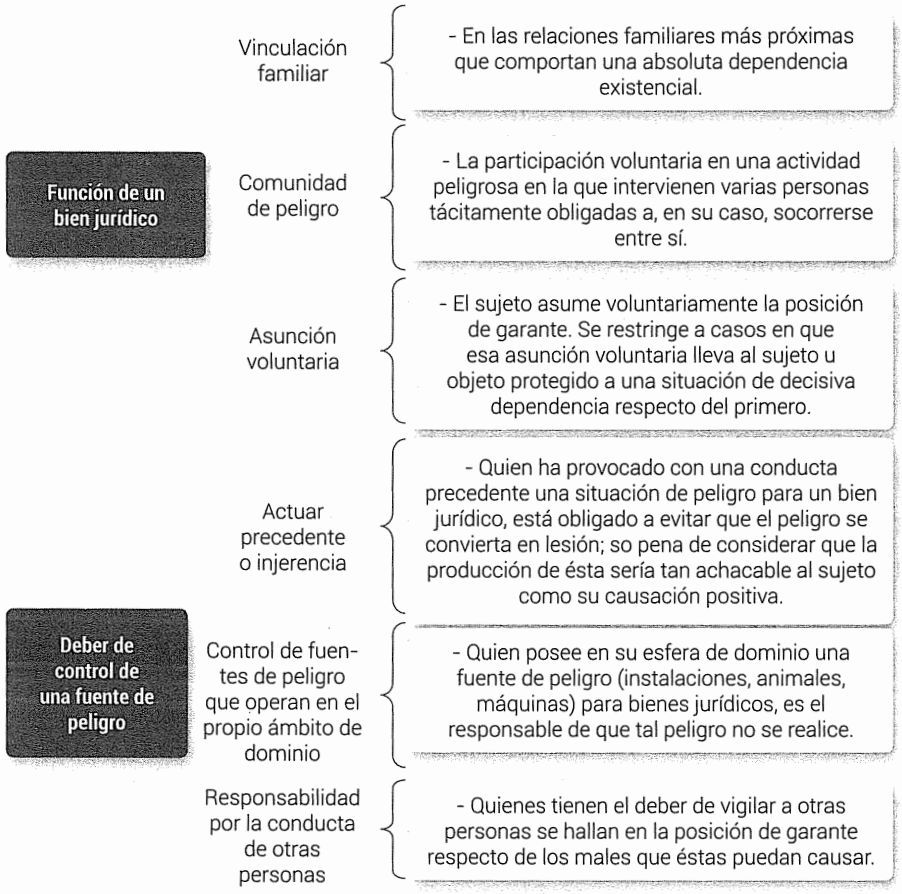
EJEMPLO

En este supuesto, podemos citar estos ejemplos:

- Policías que ordenan entrenar a suboficiales en el mar cuando este tiene "bandera roja" y hay señales de peligro, y estos mueren producto de ello.
- Un comisario que observa (y no impide) como sus suboficiales coaccionan o torturan a un detenido a fin de que confiese su delito.
- Un médico que está de guardia y duerme mientras su paciente tiene un paro cardíaco y no utiliza los implementos de reanimación a tiempo que hubieran salvado la vida al paciente.

69 Meini, Iván. *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 197.

- Una enfermera olvida inyectar el suero que mantendría con vida al paciente.
- Alcaldes o regidores que permiten que sus subordinados directos cometan delitos contra la administración obviando el deber de supervisión impuesto por mandato legal.



b.2. Deber de control de una fuente de peligro

La indemnidad de los bienes jurídicos puede depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquel a quien se ha atribuido su vigilancia.

EJEMPLO

El conductor tiene la obligación de controlar el vehículo y es garante de los riesgos que implica para bienes jurídicos. Le bastaría al sujeto dejar de efectuar dicho control para conseguir que el peligro se convirtiese en lesión de los ciudadanos legítimamente confiados.

Esta lesión poseería la misma gravedad que la causada por vía activa. El responsable del control se halla, entonces, en posición de garante y su conducta comisión por omisión.[70]

La doctrina contempla tres supuestos de control de fuente de peligro, estos son: i) actuar precedente (injerencia); ii) deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio; y iii) responsabilidad por conducta de otras personas.

• **Actuar precedente (injerencia).** Este es un criterio clásico abordado también por la teoría formal del deber jurídico. Nos remitimos a lo señalado y explicado *supra*.

• **Deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio.** Supone el deber de mantener inocua una fuente material de peligro que se posee en el dominio de la esfera propia (instalaciones, animales, cosas), se tiene la posición de garante pues el sujeto es competente pues le corresponde la indemnidad de los bienes jurídicos.[71] Dentro de estos casos tenemos a los empresarios mineros que deben garantizar que su industria no contamine el medio ambiente, al oficial de cumplimiento que garantice que su empresa posea un plan de cumplimiento que evite los posibles delitos de lavado de activos que de ella se deriven, los dueños o administradores de discotecas que deben garantizar que estas cumplan con las

70 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 333.

71 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 337.

medidas de seguridad adecuadas por la legislación administrativa de la materia, o los dueños o administradores de los negocios en tiempos de la pandemia de la Covid-19, deben garantizar un protocolo de seguridad aprobado por la autoridad administrativa para que sus posibles clientes no se contagien, los dueños de un perro que deben garantizar que este use correa y bozal, etc. En caso se produzca el resultado o lesión del bien jurídico por el incumplimiento del control del que tiene la posición de garante en los casos mencionados o similares se tendrá la posición de garante y habrá de responder por omisión impropia.

• **Responsabilidad por la conducta de otras personas.** Aquí el garante tiene la obligación de vigilar a una persona incapaz para que no lesione a terceros o a él mismo.

EJEMPLO

- Quien cuida a un enfermo mental y luego lo deja solo con un cuchillo y este se suicida.
- Un policía que acaba de aprehender a un presunto delincuente en un patrullero y este olvida su arma de reglamento y el delincuente (sin haber sido esposado) la toma y dispara contra un tercero.
- Dos policías que salvan a una potencial suicida (con cuadros de esquizofrenia) y posteriormente la dejan sola —por un conflicto de tránsito menor— en el patrullero con un arma de fuego dentro de este; esta toma el arma de fuego y se suicida.

4. Atenuación facultativa de la pena

El último párrafo del artículo 13 del Código Penal prevé la atenuación facultativa de la pena para el omiso. Esta cláusula proviene de la legislación alemana. Son diversas las justificaciones, se dice que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; o que la energía

delictiva o criminal en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos. Además, mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución de un resultado, en la omisión se deja que este devenga; o que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de prohibición de actuar.[72]

Asimismo, la omisión impropia ha tenido desarrollo jurisprudencial a través de diversas ejecutorias supremas y superiores:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. (Es) por ello que la doctrina reconoce, la a 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 13, 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 del agente frente al bien jurídico o posición de garante (...).

(R. N. N.º 2528-99-Lima, de 25 de agosto de 1999. Sala Penal de la Corte Suprema).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. (La) la modalidad delictiva genérica de **omisión impropia** solamente se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendido como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro, por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostenta dicho deber (...).

(R. N. N.º 1384-98-Arequipa, de 18 de junio de 1998, Sala Penal de la Corte Suprema).

72 MEINI, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., p. 205.

III. LA OMISIÓN Y OTRAS FIGURAS PENALES

1. Omisión y causalidad

¿Existe o no causalidad en la omisión? Unos dicen que no hay relación causal, puesto que no hay conducta, pero otros dicen que sí hay relación causal; el no hacer voluntario de lo que la norma ordena realizar causa daño.

EJEMPLO

En el retardo de justicia, se causa daño moral y económico.

Queda claro que en los casos de omisión pura no hay causalidad puesto que no hay un resultado posterior con el que se establezca el nexo de causalidad. La discusión radica en la omisión impropia, en la que algunos arguyen una causalidad hipotética (basados en el *conditio sine qua non*). Otros le dan el nombre de "causalidad lógica", así también de causalidad "probabilística", "causalidad explicativa", o "causalidad negativa".

Sin embargo, todas estas explicaciones se alejan de la causalidad en términos naturales, pues, por ejemplo, si se le pregunta a un científico el motivo de la muerte de una persona ahogada este responderá que es por asfixia y jamás habrá de decir que fue porque el salvavidas estaba durmiendo.

Además, se debe tener presente el precepto que ya se presentaba en el poema de Parménides (*ex nihilo nihil fit*): *de la nada, nada puede generarse*. Resultaría absurdo que un resultado positivo —de acuerdo a las ciencias naturales— se hubiera producido por un no hacer. En la omisión impropia lo que existe y se atribuye es la creación de riesgos y, específicamente, relación de riesgos en base al incumplimiento de deberes de salvamento o de protección. En estos casos, la relación

entre la omisión y el resultado se fundamenta en un nexo jurídico, en criterios de imputación objetiva.

Lo que sucede en los delitos de comisión por omisión es, pues, que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalísima, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.[73]

2. Delito material (o de resultado)

El que se consume mediante la producción de un daño efectivo que el delincuente se propone. El acto produce un resultado.

EJEMPLO

1. En el asesinato, el resultado de la acción es la muerte de una persona.
2. En el robo, el resultado es la aprehensión de la cosa.

3. Delito formal (delitos de actividad, delitos sin resultado o de simple actividad)

Es aquel en que la ley no exige los resultados buscados por el agente para considerarlo consumado. Basta el cumplimiento de hechos conducentes a esos resultados y el peligro de que estos se produzcan o basta también la sola manifestación de la voluntad.

La acción no sólo supone un HACER, sino también un NO HACER (omitir) la conducta esperada por el legislador.

Por ello, los delitos se pueden realizar por acción o por omisión.

73 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 339.

CAPÍTULO 4
ITER CRIMINIS

Resumen de este capítulo

Se desarrolla el *iter criminis*, también conocido como grados de desarrollo del delito, que nos describe cuándo inicia y cuándo termina el delito, tanto en su fase externa como interna. Se describe también en qué consiste la tentativa, una modalidad de la ejecución; se explica sus fundamentos, clases y elementos.

I. *ITER CRIMINIS*

Cuando hablamos de *iter criminis* nos referimos al recorrido, al camino que realiza el delito. Pero, en específico, nos referimos a los delitos dolosos, pues solo en los delitos dolosos podremos distinguir las etapas que analizaremos.

El delito, como toda obra humana, "nace, vive y muere" (Mantovani). Esa *vida del delito* se conoce con el nombre de *iter criminis*. Ese camino vital abarca todas las fases de realización del delito, que transcurren desde el momento en que nace en la mente del autor hasta el instante en que se perfecciona su ejecución, pasando lógicamente por su necesaria manifestación de la resolución criminal del autor en el mundo social[74].

Así pues, el *iter criminis* supone un proceso en parte mental y en parte físico, que va desde la decisión de cometer un delito hasta su consumación. Este proceso tiene una **vertiente interna** (conciencia del autor, ideación, deliberación y decisión) y una **vertiente externa** (preparación, ejecución y consumación), que se exterioriza en la realización concreta de los actos que dan lugar a la plasmación típica. Únicamente esta fase es recogida por el Derecho penal para sustentar el juicio de atribución, de conformidad con el principio de ofensividad[75].

---

74 Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho penal. Parte general.* ARA, Lima, 2015, p. 571.

75 Peña Cabrera Freyre, Alonso. *Derecho penal. Parte general.* IDEMSA, Lima, 2011, T. I, p. 607.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Características del iter criminis

En el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna, que comprende la ideación, y la fase externa, que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito.

(R. N. 4804-98-Huaura, de 11-01-1999. Sala Penal)

1. Fase interna

a. Ideación

La **ideación** o propósito serio de cometer un delito se presenta propiamente en la esfera de los pensamientos, por lo que una punición en esta fase significa ir contra el principio del hecho del Derecho penal (*cogitationis poenam nemo patitur*).[76] Según Bacigalupo, en esta etapa el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo[77].

b. Deliberación

Luego surge la denominada **deliberación**, donde el autor evalúa los pros y contras de su futuro actuar criminal.

c. Decisión

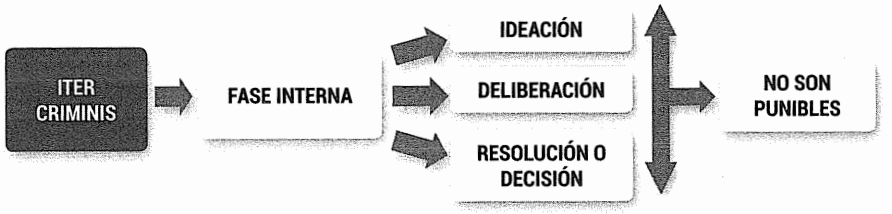
Finalmente, la **decisión**, que es donde surge el dolo, en ella el autor tiene la predisposición completa de la comisión del delito.

---

76 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 732.

77 Citado por Rojas Vargas, Fidel. *El delito: preparación, tentativa y consumación.* IDEMSA, Lima, 2009, p. 104.

Estos tres elementos de la fase interna **no son punibles**. La impunidad de esta fase del delito se debe fundamentalmente a dos razones: a la dificultad de controlar los pensamientos (principio de evitabilidad) y a la pertenencia de los mismos al ámbito estrictamente interno (mandato de neutralidad del Derecho). Si se sanciona, mediante diversas fórmulas, un suceso que tiene lugar en ese ámbito de desarrollo, se estará destruyendo el reconocimiento de la persona como sujeto libre y autónomo[78].



2. Fase externa

a. Actos preparatorios

Los **actos preparatorios** del delito son actos exteriores que no consisten en la ejecución sino en la preparación de un hecho delictivo. Se encuentran, pues, en un estadio conceptualmente anterior a la ejecución: en el estadio de preparación a la realización ejecutiva. Estos actos son, por regla general, impunes. Únicamente, en algunos delitos especialmente relevantes, el legislador decide sancionar (no sólo su ejecución, sino también) su preparación[79]. En este sentido, la punibilidad de los actos preparatorios será posible sólo cuando exista un tipo penal que así lo contemple (*numerus clausus*).

En esta fase el autor selecciona los medios necesarios con las perspectivas ya de dar inicio a la ejecución del delito. Aquellos que, según

78 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 732.

79 Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 573.

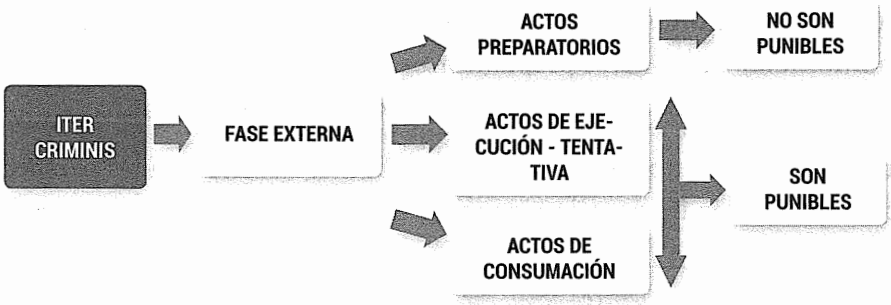
su representación, son idóneos para poder concretizar exitosamente su plan criminal, cuya real efectividad sólo podrá constatarse en las etapas subsiguientes del *iter criminis*.

EJEMPLO

El autor se procura de los medios necesarios para dar concreción efectiva a la ejecución típica: merodear el área geográfica del secuestro, la compra del arma o del veneno con el que se piensa matar a su víctima, la obtención de un documento falsificado para lograr el reconocimiento de un derecho, llaves, ganzúas y cualquier otro instrumento que sirva para la ejecución del designio criminal.

b. Ejecución

Los actos de ejecución implican la utilización concreta de los medios elegidos con la finalidad de crear las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo delictivo deseado. Estos actos comprenden la realización ejecutiva, y no meramente preparatoria, del delito. Es a partir de esa etapa cuando el Derecho penal interviene. Es en los actos de ejecución en donde la conducta tiene relevancia penal. Cuando los actos de ejecución no impliquen la consumación del delito, entonces, nos encontraremos en tentativa. Sobre la tentativa, nos ocuparemos en un apartado aparte.



c. Consumación

La consumación del delito es el presupuesto jurídico más importante del ilícito penal posesionado a nivel típico, constituyendo a su vez la fase última y final del *iter criminis* o proceso material-subjetivo de surgimiento y consolidación del hecho penalmente relevante que lesiona o pone en peligro el bien jurídico. Es, a decir de Antolisei, el cierre del ciclo del delito. Se trata, así, de un presupuesto esencial en la teoría del delito que marca los límites máximos de la injerencia punitiva y por lo mismo la razonabilidad de la argumentación penal. En este punto es necesario remarcar que la consumación se define a nivel de tipo penal, esto es, la perfección de los actos de ejecución.[80]

Sobre la consumación se han brindado diversas definiciones, todas ellas válidas. Jescheck señala que la consumación no depende de si el autor ha conseguido su meta, sino que se produce en el momento en que se realiza todos los elementos del tipo. Por otro lado, von Liszt refiere que la consumación supone que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito y que, especialmente, se haya producido el resultado. Welzel señala que el delito está consumado con el cumplimiento completo del tipo. Es interesante y clara la definición de Fiandaca y Musco, quienes refieren que el concepto de consumación expresa técnicamente la completa realización de todos los elementos constitutivos de una variedad delictiva. En otros términos, se está en presencia de un delito consumado todas las veces en que el hecho completo corresponde enteramente al modelo legal delineado en la norma penal en cuestión.

Es importante señalar que la consumación tiene ciertas características, dependiendo si hablamos de delitos de resultado o de mera actividad. Por ejemplo, en los casos de delitos de mera actividad y delitos de peligro abstracto, la tentativa y la consumación se identifican, pues la sola imputación del comportamiento agota los requerimientos formales del tipo penal. Por el contrario, en los delitos de

80 Rojas Vargas, *El delito: preparación, tentativa y consumación,* cit., p. 493.

resultado, el castigo depende todavía de la posibilidad de afirmar una relación de imputación entre el comportamiento del autor y el resultado previsto en el tipo penal[81].



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución

Décimo. Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción.

Duodécimo. En este contexto, dentro del marco fáctico en que fue descubierto el procesado [...] no se advierte una auténtica provocación por parte de la menor agraviada, pues su comportamiento estuvo dirigido a ponerlo al descubierto -ya que en su condición de docente le hizo requerimientos amorosos indebidos- y procurar elementos de prueba indispensable para demostrar que la pretendía seducir.

Décimo tercero. La ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta del agente, conforme al principio de lesividad previsto el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa, en la que el agente inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo, pero no logra su consumación por factores ajenos a su voluntad, aunque también se puede presentar un caso de desistimiento voluntario. El inicio de la ejecución del delito por parte del agente es, entonces, requisito para que se estructure la tentativa.

Décimo cuarto. La tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, pone de relieve la toma de postura que un deter-

81 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 754.

minado ordenamiento realiza frente a la discusión dogmática entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Prueba de ello es que el artículo 17 regula la tentativa inidónea. Así, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos como punto de discusión en torno a la tentativa, debe resolverse a partir de la concepción del injusto que maneje un determinado ordenamiento, en el caso concreto, la legislación peruana. El fundamento de la punición de la tentativa va a jugar un papel determinante a la hora de distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos. En efecto, según la postura que se adopte, el sustento de la punición variará, y ello afectará, a su vez, la posición en torno a la distinción entre acto ejecutivo y acto preparatorio.

(Casación N° 13-2011-Arequipa, del 13-03-2012. Sala Penal Permanente).

II. LA TENTATIVA

1. Definición

En la tentativa se da inicio a la ejecución de un delito, pero este se interrumpe por causa ajena a la voluntad del agente.

La tentativa es el primer estadio ejecutivo punible de realización del delito[82]. La tentativa supone la realización de una conducta dolosa (comienzo de ejecución) de la hipótesis prevista en la norma. Así, pues, un comienzo de ejecución solo sucede cuando el autor está en situación inmediata de producir el resultado típico por hallarse desarrollando la acción adecuada que conduce al resultado, situación que, como es lógico, exige que la conducta sea idónea, esto es, que tenga potencial o aptitud para provocar el resultado[83].

82 Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 580.

83 Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, Segunda parte, T. III (*La tipicidad*), p. 818.

CÓDIGO PENAL

Artículo 16.- Tentativa

En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.
El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

2. Fundamento de la punición de la tentativa

Se han elaborado diversas teorías, entre las que podemos distinguir las teorías objetivas, las teorías subjetivas y las teorías mixtas.

a. Teorías objetivas

Este primer criterio netamente objetivo señala que el fundamento de la punición de la tentativa se sustenta en la *puesta en peligro del bien jurídico*. En este sentido, si bien el delito consumado precisa un resultado (que conlleva una lesión al bien jurídico), en la tentativa se pone en peligro dicho bien jurídico. La fundamentación "objetiva" subyace en la necesidad de un daño social, que en el caso de la tentativa es el riesgo para el bien jurídico; este peligro tiene que ser efectivo y cierto. De esta tesis se pueden colegir dos cosas: por un lado, la impunidad de los actos preparatorios, pues no alcanzan a fundamentar un peligro real para el bien jurídico y, por otro lado, la impunidad de la tentativa "inidónea"[84], dado que esta no genera, ni podría generar peligro alguno para el bien jurídico.

84 La tentativa inidónea es también denominada como *delito imposible,* pues en este supuesto no habría manera viable de consumar el delito, por ejemplo: dispararle por la espalda a una persona con la intención de matarle, pero esta persona ya había muerto dos horas antes.

b. Teorías subjetivas

Una primera versión de estas teorías se sustenta en que la tentativa es punible por la exteriorización de la voluntad criminal, basta con que el agente manifieste en el mundo externo la intención de perpetrar un delito. La tentativa es punible por ser la manifestación de una voluntad contraria a derecho. Lo decisivo es la exteriorización de una voluntad que se dirige al resultado injusto.

Por otro lado, una reformulación de esta teoría es que se pretende justificar la tentativa en base a la lesión de la vigencia de la norma (por la impresión social que esta genera).

c. Teorías mixtas

Finalmente, las teorías mixtas señalan que el fundamento del castigo de la tentativa radica en la intención criminal exteriorizada, pero exigen que el hecho produzca conmoción en la colectividad, es decir, se condiciona a la existencia de una afectación del sentido de la seguridad en la colectividad.

En sentido similar, Roxin plantea una *teoría unificadora*. En este sentido, señala el profesor alemán: "El fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se deriva de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo".



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Determinación judicial de la pena en delitos tentados

4.3. *Determinación judicial de la pena en delitos tentados*

- La tentativa es una causa de disminución de punibilidad. No es una atenuante privilegiada.
- La legislación penal peruana, aun cuando la parte general referida a las consecuencias jurídicas del delito establece

el tratamiento normativo de las atenuantes privilegiadas en las que la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior -literal a del inciso 3 del artículo 45-A del Código Penal-, no registra expresamente la concurrencia de estas para su aplicación.

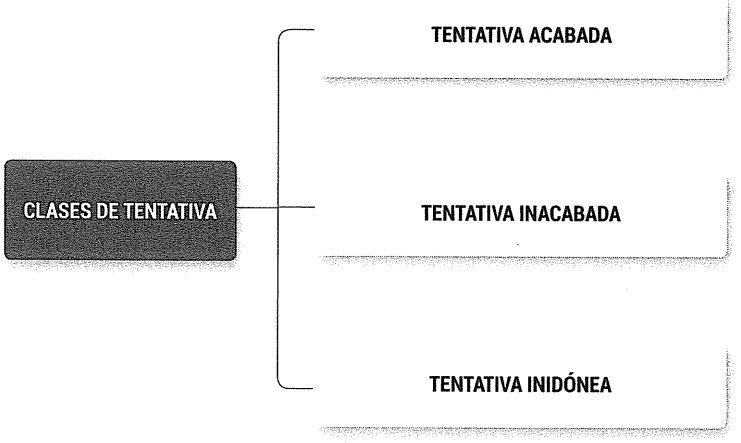
- La tentativa como causa de disminución de punibilidad se halla regulada en el segundo párrafo del artículo 16 del Código Penal, que establece: "El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena". Este precepto concede al juez penal la facultad para establecer la reducción de la sanción, atendiendo a diversos factores, entre ellos, los efectos generados por el hecho tentado.
- A partir de lo mencionado, surge una primera cuestión respecto al momento operacional a partir del cual se efectúa la reducción de la sanción. Si bien la imposición de la sanción debería ser por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica, así como su operatividad, distan de una auténtica circunstancia privilegiada.
- La imposición de la sanción por debajo del mínimo legal obedece a los siguientes criterios:
  - La parte especial del Código Penal regula la sanción de conductas consumadas.
  - No se puede equiparar una conducta consumada -hubo violación- con un intento de violación -no hubo violación-. La naturaleza del delito determinará cuando en uno u otro caso se está ante un tipo penal de resultado. La violación sexual, tanto de menor así como de mayor de edad, son tipos penales de resultado. La penetración determina cuándo se consuma el tipo penal de violación.
  - La proporcionalidad demanda diferencias en la sanción a imponer a partir de la tradición legislativa con la que se regula la parte especial del Código Penal. La pena prevista en la parte especial no comprende a los delitos tentados, sino únicamente a aquellos casos en los que efectivamente hubo lesión al bien jurídico.

(Casación 1083-2017-Arequipa, del 14-08-2018. Sala Penal Permanente).

3. Elementos de la tentativa

Conforme a la redacción del artículo 16 del Código Penal, podemos distinguir dos elementos diferenciados. Estos son: el comienzo de la ejecución sin la consumación y, además, la decisión de cometer el delito.

Sobre el primer elemento, es una de carácter objetivo. Se requiere que se realicen actos ejecutivos, pero que no se realicen todos. El delito no tiene que llegar a perfeccionarse, a consumarse. En la tentativa nos encontramos en un punto intermedio entre los actos preparatorios y la consumación. El segundo elemento es uno de naturaleza subjetiva, esto es, "la decisión de cometer el delito". Esta imputación subjetiva es la misma que se realiza en el delito consumado. De esto se sigue que la tentativa en delitos culposos es impune, a pesar de que puede ser teóricamente imaginable.



4. Clases de tentativa

a. Tentativa acabada

Es la realización de todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del sujeto activo. *Es, en todo caso, punible.*

EJEMPLO

El chofer que conduce a velocidad permitida y observando las reglas (hombre diligente), pero que atropella a un peatón que se le cruza, sin que pueda frenar.

Aquí el autor, según su representación mental, ha realizado todos los pasos necesarios, para que su plan criminal se concretice materialmente, esto es, se han agotado conductivamente todos los elementos que dan lugar a la realización típica.

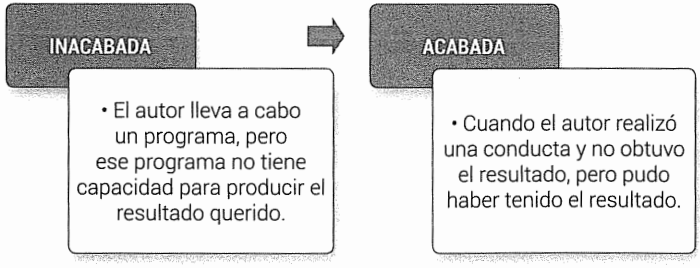
EJEMPLO

- El agente ha suministrado todo el veneno necesario, en la dosis que ha suministrado en los alimentos de la víctima, para que este fallezca.
- El agente ha colocado ya la bomba en el vehículo de su víctima para que explote a la hora determinada.
- El agente ha convencido plenamente a la víctima del error en la estafa para que desplace su patrimonio a su esfera de custodia.

b. Tentativa inacabada

En la tentativa inacabada el autor aún no ha realizado todos los actos que, según su plan criminal, eran necesarios para alcanzar la realización típica, y por determinadas circunstancias el autor no lo pudo completar. La tentativa no es acabada, dice Bacigalupo, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento que se la considera. Restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado. Lo que cuenta, en todo caso, es la representación que el autor tiene sobre su conducta, si él estima ya que ha cumplido con todos los pasos necesarios para lograr la perfección delictiva.

LA TENTATIVA



c. Tentativa inidónea

Como se ha dicho, la tentativa exige que se inicie la ejecución de la conducta punible mediante "actos idóneos" e inequívocamente dirigidos a consumar el resultado típico, de donde se infiere que la tentativa exige un comportamiento idóneo y adecuado a la producción del resultado.

La idoneidad es la aptitud o potencialidad de la acción para producir el resultado propio del tipo que se quiere realizar; se trata, por tanto, de una capacidad de producción referida al respectivo delito, recordando que la idoneidad se refiere a la conducta desplegada y no solo a los medios utilizados.

Por el contrario, idónea es aquella acción que no tiene en concreto potencialidad o aptitud para producir el resultado o para, por lo menos, crear peligro real al bien jurídico, sea porque los medios utilizados resultan inocuos para crear riesgo, o porque la forma de realización del acto no tiene capacidad para producir el resultado, por inidoneidad del objeto o del sujeto pasivo. Lo que caracteriza este delito imposible o tentativa inidónea es la incapacidad de los medios desplegados para causar el resultado o la inidoneidad del objeto para ser afectado[85].

A la tentativa inidónea también se le conoce como *delito imposible* debido a la imposibilidad total de que la conducta pueda llegar a configurar un delito.

5. El desistimiento

El desistimiento consiste en la conducta voluntaria del autor por el cual se deja de proseguir con los actos de ejecución del delito o se impide que este se consuma. En este sentido, el desistimiento pre-

85 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 885.

supone una tentativa punible, por lo que no puede hablarse de un desistimiento si el autor se abstiene de emprender un delito. Conforme al artículo 18 del Código Penal, el desistimiento del interviniente en un delito se privilegia con la impunidad por los actos realizados, siempre y cuando los actos practicados no constituyan ya otro delito.[86] De conformidad con el artículo 18 del Código Penal, nuestro ordenamiento admite el desistimiento en la tentativa acabada como en la acabada.

a. El desistimiento en la tentativa acabada

Para poder admitir un desistimiento en la tentativa acabada, debe tratarse de un hecho que todavía puede ser susceptible de modificación, es decir, que el hecho se mantenga aún bajo el dominio del autor. Si el hecho, como tal, resulta ya irreversible, esta situación deberá entenderse simultáneamente como la renuncia a la posibilidad de modificación.[87]

A este tipo de desistimiento también se le conoce como *arrepentimiento;* para que este sea válido se requieren tres requisitos, a saber: a) que se hayan realizado dolosamente todos los actos necesarios para producir el resultado; b) que se realice una acción adecuada y eficaz para evitar el resultado; c) que el resultado propio del tipo no se produzca por la eficaz acción del autor[88].

EJEMPLO

Un ejemplo de esta clase de desistimiento puede ser el de la esposa —cansada de los maltratos— desea la muerte del

86 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 744.

87 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 747.

88 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 911.

> marido, y en dicho orden ha decidido envenenarlo diariamente con una determinada cantidad de una sustancia, no habiendo suministrado la dosis necesaria para que se cumpla a cabalidad su plan criminal. En este caso, no bastará que la mujer se desista de seguir suministrando la dosis de veneno a su marido (la sola no continuación de los actos de ejecución es insuficiente), sino se necesita de actos positivos conducentes a evitar el resultado lesivo, primero dando conocimiento de este hecho a la víctima, y luego avisando a un doctor para que se le realice el tratamiento médico que diera lugar.

Y es que cuando el autor solamente cuenta con la posibilidad de que únicamente esfuerzos activos de rescate puedan salvar la vida de la víctima, debe esperarse de él estas prestaciones. Si estas prestaciones no fueron lo suficientemente idóneas para evitar el resultado lesivo[89], no estamos ante un desistimiento, pero sí podría considerarse como atenuante.

b. El desistimiento en la tentativa inacabada

En la tentativa inacabada, si bien no se han realizado todos los actos necesarios para la consumación del resultado, lo emprendido constituye ya una defraudación de la norma penalmente relevante (y a ello se le llama tentativa). En este sentido, si el autor puede todavía corregir el sentido del hecho (lo cual tiene lugar normalmente mediante la interrupción de los actos ejecutivos), cabe un desistimiento. Aquí, el autor no tiene una conducta activa para evitar el resultado, sino simplemente se abstiene de continuar con los actos de ejecución.

89 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 631.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Desistimiento voluntario

I. Este Tribunal Supremo estima que, las razones acotadas en la sentencia de vista, para negar el desistimiento voluntario, no provienen de las hipótesis fácticas planteadas en la sentencia de primera instancia, que surgieron del debate contradictorio, y tampoco de una apreciación objetiva de la prueba, según la estructura argumentativa que se expone. Ambas fueron incorporadas, unilateralmente, sin haber sido sometidas, previamente, a consideración de las partes procesales, sea para convenirlas, o para refutarlas fáctica y jurídicamente. El Tribunal Superior no tuvo a la vista ningún material probatorio para justificar sus apreciaciones. Ergo, la negativa de admitir un desistimiento, no es fundada.; **II.** Desde la perspectiva del imputado, no concurre prueba en contrario que niegue un desistimiento libre, espontáneo y voluntario a que se produjera el acto sexual, así como plenamente eficaz para evitar que el curso normal de su conducta, hubiese desembocado en la efectiva violación, y por ello, en lesiones en el área genital de la agraviada. Además, no se acreditó el desinterés por neutralizar el plan que, presuntamente, había puesto en marcha para perpetrar el abuso sexual. Por ende, es de aplicación el artículo 18° del Código Penal; **III.** En consecuencia, la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código Procesal Penal, debe ser estimada. La sentencia de vista será casada. Procede, entonces, al no ser necesaria nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa, a tenor del artículo 433°, numeral 1), del citado Código Adjetivo, actuar en sede de instancia, emitir un fallo sustitutivo y absolver al encausado del requerimiento fiscal, por el delito incriminado; **IV.** Carece de objetivo referirse a las causales estipuladas en el artículo 429°, numerales 4) y 5), del Código Procesal Penal.

(Casación 539-2017-Lambayeque, de 29-11-2017. Segunda Sala Penal Transitoria)

CAPÍTULO 5
LA TIPICIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la tipicidad. Se realiza una definición del tipo, la faz objetiva del tipo, la teoría de la imputación objetiva y el resultado. Se estudia también las causas de justificación, el tipo penal, la tipicidad y la tipificación penal, los elementos del tipo (subjetivos, normativos, objetivos y constitutivos), las funciones del tipo, la evolución del tipo penal, el *tatbestand y corpus delicti*, la importancia del tipo, la estructura del tipo, la ausencia de tipo y el juicio de tipicidad. Este capítulo se ocupa también de la causalidad, la imputación objetiva y la imputación subjetiva.

I. EL TIPO

1. Definición

El tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que **es una descripción abstracta de la conducta prohibida.** Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

2. Faz objetiva del tipo

a. Conducta

Es toda actuación controlada y dirigida por la voluntad del hombre que causa un resultado en el mundo fenomenológico.

RECUERDA

EL TIPO ES una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. Es una descripción abstracta de la conducta prohibida.

b. Nexo entre la conducta y el resultado

La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para calificar como típica a la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la *teoría de la*

equivalencia de condiciones, si bien no en su versión tradicional (*conditio sine qua non*) sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza (Puppe). Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar que, además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la teoría de la imputación objetiva, en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que la conducta o acción incrementó el riesgo prohibido y, a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.

3. Teoría de la imputación objetiva

Ante la crítica doctrinal de la teoría de la causalidad en España y Alemania, se elaboró esta teoría alternativa. Existen tipos penales de cuya causalidad se duda o que, siendo causales, se duda de su tipicidad. El ejemplo más claro de esta crítica son los delitos omisivos. En estos tipos, la no realización de una conducta es lo que se pena, pero no es racionalmente posible atribuir a esa inacción el posible resultado posterior, pues no se sabe qué sucedería si el agente hubiese actuado como se lo pide la norma. Ante este obstáculo, la doctrina ha elaborado la teoría del "riesgo típicamente relevante", para poder atribuir tipicidad a una acción. En primer lugar, se analiza si, efectivamente, la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal.

EJEMPLO

En caso de un delito comisivo, el análisis de una conducta homicida deberá determinar que disparar a otro con un arma de fuego es una conducta que despliega un riesgo de los contemplados por la norma que prohíbe el homicidio, es decir, que es idóneo para entrar dentro de la descripción normativa de homicidio.

De esta forma, causar la muerte a otro clavándole una aguja en el dedo, provocando así una reacción química inesperada, no es un riesgo de los previstos por la norma penal, pues el clavar una aguja a otra persona no es una conducta socialmente vista como suficientemente riesgosa para causar un homicidio (aunque, efectivamente, exista una relación causal). Por el otro lado, en el supuesto de un delito omisivo, como el no socorrer a alguien que está en peligro, la conducta de no hacer nada no es causal del posible daño posterior, pero sí despliega un riesgo de los previstos por la norma. Es decir, no hacer nada ante esa situación es justamente aquello que la norma penal busca prevenir (igual que la del homicidio busca evitar las conductas socialmente consideradas idóneas para matar). A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe constatar que el resultado (la muerte, las lesiones, etc.) es expresión de ese riesgo, y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados "de mera actividad", en los que no hace falta un resultado para que haya delito (omisión de socorro, allanamiento de morada, etc.).

4. Resultado

El resultado es la consecuencia externa y observable derivada de la acción (manifestación de voluntad). Los códigos penales castigan en algunos casos la *acción* (delitos de simple actividad) y en otros el *resultado* que se deriva de esta (delitos de resultado). Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material.

Eugenio Raúl Zaffaroni define el tipo penal como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivos, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

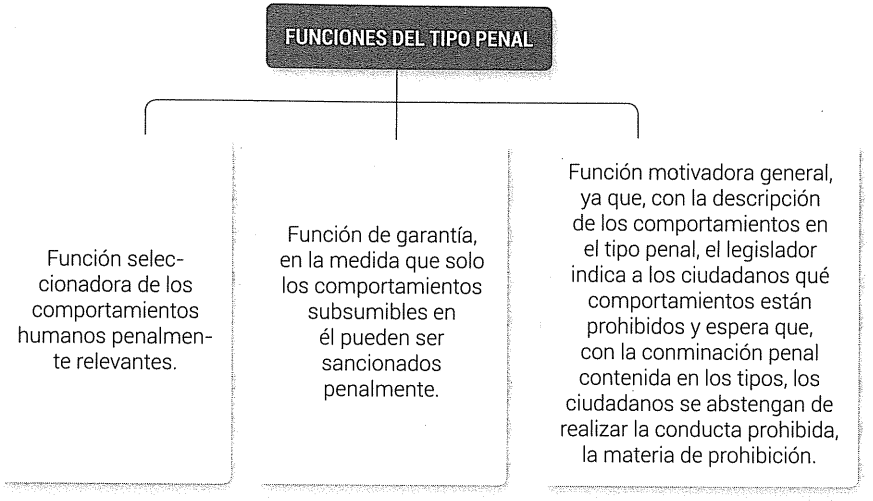
Hans Welzel nos dice que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

José Hurtado Pozo señala que toda disposición jurídico-penal completa está constituida por dos partes: el precepto y la sanción. El tipo legal es concebido como el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar la pena. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que caracterizan las acciones punibles y que, por tanto, fundamentan la consecuencia jurídica.

RECUERDA

SEGÚN HANS WELZEL, el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.

Francisco Muñoz Conde afirma que el tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. El tipo tiene, en derecho penal, una triple función: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; c) una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.



El tipo tiene, en derecho penal, una triple función: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; c) una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.

Günter Stratenwerth, dice que el concepto de tipo se refiere solo a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito. Como es natural, su núcleo tiene que ser —en los delitos de acción— la descripción de la acción prohibida. Pero las acciones tienen un lado externo y otro interno. Por ello, es conveniente clasificar los requisitos particulares del tipo en aquellos que caracterizan la conducta por lo externo y aquellos otros que lo hacen por lo interno. En correspondencia con ello, se distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

Santiago Mir Puig divide en tres los elementos estructurales del tipo: la conducta típica, sus sujetos y sus objetos. La conducta típica tiene una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Solo en determinados tipos —como veremos, llamados "delitos de resultado"— se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella (por ejemplo, la muerte de la víctima en el tipo de homicidio). Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo.

La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad —consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia—, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el "ánimo de lucro" en el delito de hurto). De otro lado, los sujetos de la conducta típica son: el sujeto activo (quien realiza el tipo); el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena). Finalmente, los objetos del delito son: el objeto material (u objeto de la acción), que es la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción y, el objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de la protección de la Ley.

Javier Villa Stein afirma que el comportamiento humano, para resultar delictivo, tiene que reunir los caracteres descritos en algún o algunos de los supuestos paradigmáticos contenidos en el catálogo de delitos y penas. A estos supuestos paradigmáticos de conducta, se les conoce como tipos penales. Asimismo, clasifica a los tipos del siguiente modo: (i) por la modalidad de la acción (tipos de resultado y de mera actividad, tipos de acción y de omisión, tipos de medios determinados y resultativos, tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos); (ii) por los sujetos (tipos comunes y tipos especiales; tipos de mano propia; tipos de autoría y de participación); y (iii) por el bien jurídico (tipos de lesión y tipos de peligro).

RECUERDA

JAVIER VILLA STEIN CLASIFICA A LOS TIPOS del siguiente modo: (i) por la modalidad de la acción (tipos de resultado y de mera actividad, tipos de acción y de omisión, tipos de medios determinados y resultativos, tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos); (ii) por los sujetos (tipos comunes y tipos especiales; tipos de mano propia; tipos de autoría y de participación); y (iii) por el bien jurídico (tipos de lesión y tipos de peligro).

Felipe Villavicencio Terreros nos dice que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley. El tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad.

En síntesis, podemos decir que el tipo es consecuencia del principio de legalidad, pertenece a la ley, describe todos los presupuestos de una conducta prohibida que son pasibles de una sanción penal, señalando la conducta típica, los sujetos —activo y pasivo— y los objetos —material y jurídico— que son protegidos legalmente. El tipo tiene una cuádruple función: garantizadora, fundamentadora, motivadora y sistematizadora.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Se denominan también causas eximentes o causas de exclusión del injusto. Son situaciones admitidas por el propio derecho penal que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo tornan jurídicamente lícito. Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo. Estas situaciones que "hacen perder la antijuridicidad" a la acción típica tienen origen en

un estado de necesidad como es la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, oficio o el cargo, o cumplimiento de la ley o un deber.

RECUERDA

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, causas eximentes o causas de exclusión del injusto son situaciones admitidas por el propio derecho penal que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo tornan jurídicamente lícito.

El estado de necesidad tiene doble ubicación sistemática: es causa de justificación también es causa de inculpabilidad de la conducta. Tiene esta doble ubicación porque subsana la inconveniencia de mantener *a priori* una clasificación de las causas de justificación y causa de inculpabilidad. La determinación de su naturaleza queda librada a la jurisprudencia o a la doctrina.[90]

RECUERDA

LA TIPICIDAD NO SE DEBE CONFUNDIR con el tipo penal o con la tipificación penal, ni con la calificación penal.

III. EL TIPO PENAL, LA TIPICIDAD Y LA TIPIFICACIÓN PENAL

1. Tipo penal

Es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal. Los tipos penales están compilados en Parte Especial de un Código Penal. El tipo penal es el

90 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

concepto legal. El tipo penal es la descripción de las acciones que son punibles, y se las compila en un código.[91]

Por ejemplo, podemos citar la norma jurídico-penal:

CÓDIGO PENAL

Artículo 188.- Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Los tipos penales están compilados en Parte Especial de un Código Penal. El tipo penal es el concepto legal y se las compila en un código.

2. Tipicidad

Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser *jurídica*, no debe ser una *adecuación social.*

EJEMPLO

Como ejemplo de esta adecuación social podemos citar los siguientes: invitar una copa a servidor público (cohecho) o golpes en el boxeo (lesiones).

91 Bacigalupo, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 212.

Estos se estiman comportamientos *adecuados socialmente*; no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos ni penalmente relevantes.

La **tipificación penal** es la criminalización de una norma de cultura realizada por el legislador y establecida en una ley penal.

La *tipicidad* lo aplica el juez, la *tipificación* lo realiza el legislador, la **calificación** de un comportamiento como delito lo hace el fiscal.

RECUERDA

LA TIPICIDAD ES la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

3. Categorías del tipo

- **Graves**

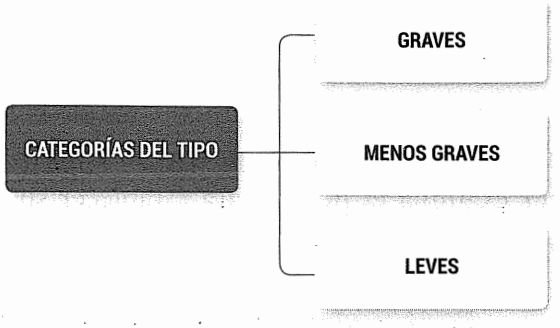
Este tipo establece delitos graves con sanciones penales también agravadas, como pueden ser el asesinato, el parricidio, etc.

- **Menos graves**

Las sanciones son menos graves. Por ejemplo, la sanción para el homicidio es más corta que para el asesinato.

- **Leves**

Las consecuencias jurídicas son leves. Por ejemplo, el castigo para el dolo.



4. Elementos del tipo

En la construcción de tipos legales, el legislador se sirve de lo que se ha denominado como elementos "descriptivos" y "normativos". A saber:

• **Elementos descriptivos del tipo.** Son aquellos que contienen descripciones asequibles a la "percepción sensorial" (por ejemplo, "hombre", "cosa", "edificio"), pero que no contiene ya su valoración[92]. Estos son conceptos tomados del lenguaje común o jurídico, que se refieren a "determinados estados y procesos, corporales y anímicos" y que han de ser "comprobados caso por caso por el juez cognitivamente"[93]. En los elementos descriptivos basta con utilizar el diccionario y con ello darle contenido al elemento del tipo.

• **Elementos normativos del tipo:** Por otro lado, los elementos normativos del tipo[94] se refieren a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma.[95] Como refiere Mezger se trata de presupuestos del in-

92 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 281.

93 Hurtado Pozo, José. *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial. Política criminal y sanciones penales,* Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 244.

94 También llamados *valorativos.*

95 Engisch, Karl. "Die Normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Festschrift für Edmund Menge,* 1954, p. 147; Hurtado Pozo, *El sistema de control pe-*

justo típico que solo pueden ser determinados mediante una especial "valoración" de la situación de hecho[96].

Los elementos normativos se presentan: a) Cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos. b) Cuando el juez examina el hecho para establecer su adecuación al tipo penal respectivo.

EJEMPLO

- Para darle contenido al concepto "bien mueble" en el delito de hurto, hay que recurrir al Código Civil.
- Para definir el término "origen ilícito" en el delito de lavado de activos, hay que recurrir a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017.

Otros elementos a tomar en cuenta son los siguientes:

- **Elementos subjetivos**

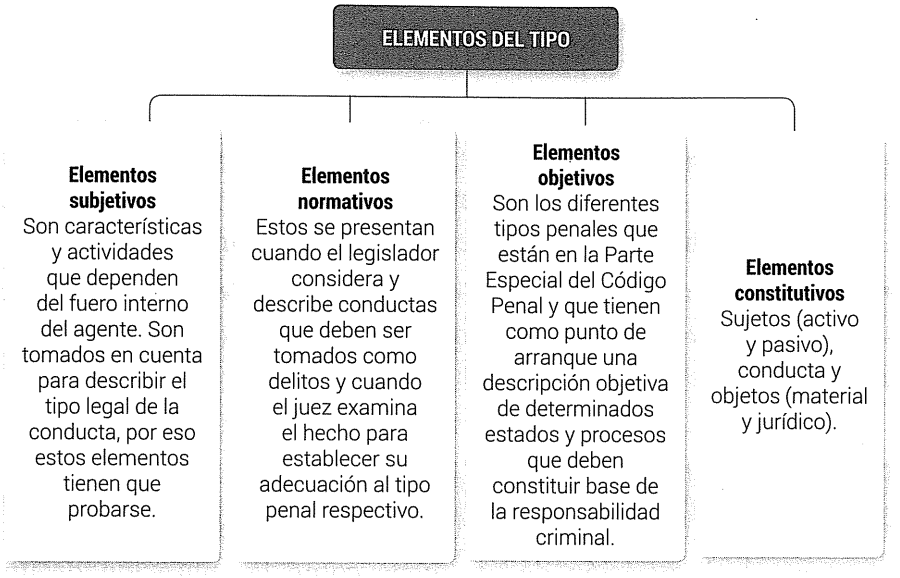
Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente. Son tomados en cuenta para describir el tipo legal de la conducta, por eso estos elementos tienen que probarse.

Precisamente las alocuciones "El que, a sabiendas, ..." o "Quien se atribuya falsamente la calidad de titular...", que usa el Código Penal para describir tipos delictivos, aluden a los elementos subjetivos de los mismos. Se debe probar que sabía; se debe probar que actuó en calidad de titular, etc.

---

nal. Derecho penal general y especial. Política criminal y sanciones penales, cit., p. 245.

96 Cfr. Hurtado Pozo, *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial. Política criminal y sanciones penales,* cit., p. 245.



- **Elementos objetivos**

Son los diferentes tipos penales que están en la Parte Especial del Código Penal y que tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir base de la responsabilidad criminal.[97]

- **Elementos constitutivos**

Sujetos (activo y pasivo), conducta y objetos (material y jurídico).

5. Funciones del tipo

a. Función garantizadora

- Garantiza a los ciudadanos contra toda clase de persecución penal que no esté fundamentada en norma expresa dictada con

97 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general,* Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 305.

anterioridad a la comisión del hecho, excluyendo de este modo de aplicar las leyes penales por analogía o en forma retroactiva.

- Evita que alguien sea juzgado sin el lleno de los requisitos legales. El juez no podrá enjuiciar como ilícitos aquellos comportamientos que no se adecuen a alguno de ellos, aun cuando parezcan manifiestamente injustos o contrarios a la moral.
- Garantiza aquel postulado democrático en virtud del cual es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido.

b. Función fundamentadora

- Fundamenta la responsabilidad penal en sentido amplio, porque tanto la imposición de una pena como la aplicación de una medida de seguridad requieren que el sujeto activo haya realizado una acción adecuada al tipo penal.
- Una conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente y conminado con sanción penal.

CÓDIGO PENAL

Artículo II.- Principio de legalidad

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

- Los tipos penales permiten diferenciar una figura penal de otra, por semejante que parezca, en aspectos atinentes a sus elementos constitutivos (sujetos, conducta, objetos).

EJEMPLO

El peculado y el hurto constituyen formas ilícitas de adquirir cosa ajena. Se distinguen por la calidad del sujeto (servidor público y cualquier persona) y respecto a la naturaleza del objeto material de la acción (bienes públicos y cosas muebles).

- El tipo penal sirve de soporte para el instituto de la *participación criminal* porque dada la naturaleza accesoria de esta, solo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Principio de legalidad penal

3. La Sala Penal Superior califica los hechos imputados como atípicos. El principio de legalidad que rige al Derecho Penal tiene cuatro manifestaciones, dentro de las cuales se cuenta el mandato de determinación -lex certa- por el cual se exige que la conducta punible esté descrita en la ley penal para poder ser sancionada, tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

4. El Derecho Penal como sistema de control social, necesita para diferenciarse de otros medios de control social del principio de legalidad, y con especial énfasis, del mandato de determinación que de éste deriva. La predeterminación precisa de la conducta punible es lo esencial del Derecho Penal en su condición de sistema de control social.

(R. N. 1623-2014-Lima, de 20-10-2015. Sala Penal Permanente)

c. Función motivadora

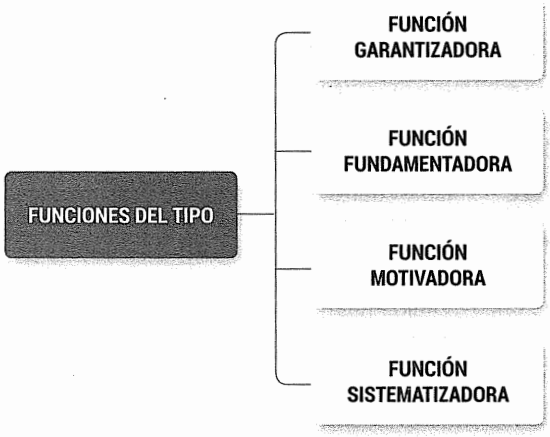
- Con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

d. Función sistematizadora

- La teoría del tipo ha servido para tender puente de unión entre la parte general y la parte especial del derecho penal.

RECUERDA

EL TIPO PENAL SIRVE de soporte para el instituto de la participación criminal porque, dada la naturaleza accesoria de esta, solo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.



6. Evolución del tipo penal

a. Etapa de la independencia del tipo

Ernst von Beling (1906) decía que el tipo tiene un carácter puramente descriptivo y sin conexión con la conducta o con la antijuridicidad. Dice que el tipo es la descripción del delito, que señala sus elementos constitutivos en cada clase de delito sin hacer ninguna valoración. No obstante, nos percatamos que esta definición no solo se encuentra desactualizada, sino que también resulta poco práctica, al no tomar en cuenta la conducta humana como un factor para la realización del delito.

b. Etapa indiciaria

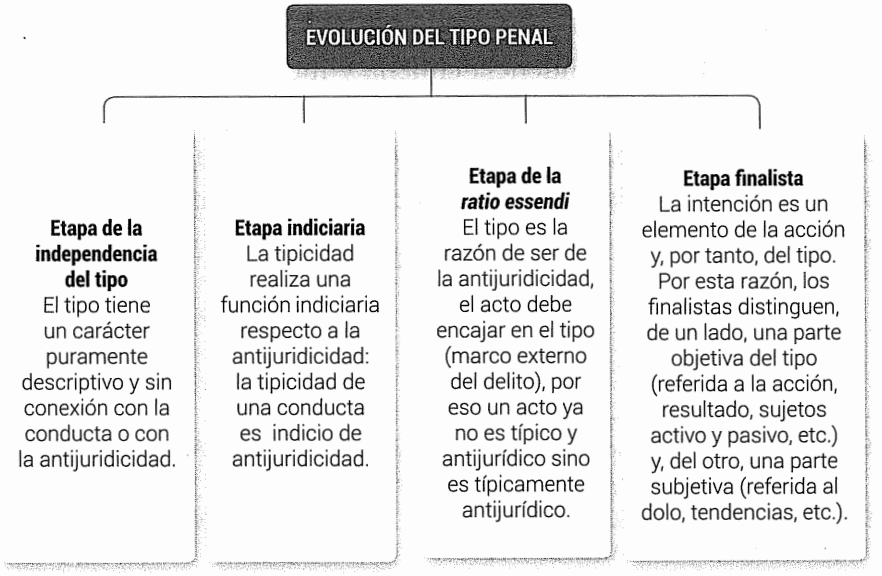
Karl Binding critica la teoría de Beling y dice que la tipicidad realiza una función indiciaria respecto a la antijuridicidad: la tipicidad de una conducta es indicio de antijuridicidad.

Hasta estas etapas se explicaba y se entendía que el tipo era solo un esquema rector del delito, que estaba en el exterior y no era considerado como elemento. Un acto era típico y antijurídico.

c. Etapa de la *ratio essendi*

Mezger critica esta concepción, dice que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, el acto debe encajar en el tipo (marco externo del delito), por eso un acto ya no es típico y antijurídico sino es típicamente antijurídico.

Modernamente se entiende por tipo penal al elemento inseparable y previo a la antijuridicidad que tiene como función la garantía de legalidad.



d. El tipo en la teoría finalista de la acción

Un razonamiento totalmente opuesto al mantenido por Ernst von Beling y a la concepción dominante en la doctrina, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción.

Partiendo de la aseveración de que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado, ellos consideran a la intención como un elemento de la acción y, por tanto, del tipo. Por esta razón, los finalistas distinguen, de un lado, una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida al dolo, tendencias, etc.).[98]

7. *Tatbestand y corpus delicti*

Tatbestand proviene de *tat*, 'hecho' y *besteheen*, 'consistir'. De ahí que Sebastián Soler exponga que *tatbestand* significa 'aquello en que el delito consiste'. En el tecnicismo penal, la traducción penal que predomina, a sugerencia de Jiménez de Asúa, es la de 'tipicidad'.

Se han sugerido también las versiones de 'encuadrabilidad' y la de 'caso penal'. La jurisprudencia chilena y mejicana prefiere traducir *tatbestand* como 'cuerpo del delito'. Pero Jiménez de Asúa no está de acuerdo con esto, ya que dice que "el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra"[99].

98 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

99 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Principios del derecho penal,* 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 578.

8. Importancia del tipo

Es importante porque desempeña las funciones de garantía procesal y penal.

a. Garantía procesal

Si el supuesto de hecho encaja en la descripción, es decir, si hay suficientes indicios de culpabilidad, solo así se dictará auto de culpa. Sobre esta base recién el plenario comprobará si dicha conducta fue antijurídica y culpable.

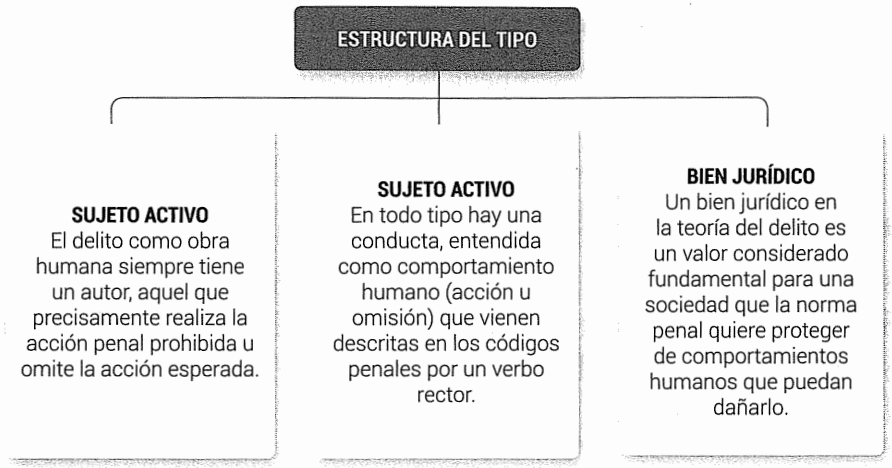
b. Garantía penal

Si las leyes se refieren a modos de obrar, es obvio que nadie puede ser penalmente incriminado por lo que es sino sólo por lo que hace. Así, nadie puede ser obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que no prohíban.

9. Estructura del tipo

Dentro de la tipicidad objetiva encontramos los siguientes componentes comunes en todo delito. A saber:

1. Sujeto activo y pasivo;
2. Bien jurídico;
3. Objeto material u objeto de la acción; y
4. Imputación objetiva.



a. Sujeto activo y sujeto pasivo

El delito como obra humana siempre tiene un autor, un **sujeto activo**, aquel que precisamente realiza la acción penal prohibida u omite la acción esperada.

EJEMPLO

Se reconoce en los códigos penales a dicho sujeto con expresiones impersonales como: "El que mata..." (artículo 106 CP) o "Quien realice actividades..." (artículo 220, inc. b, CP). O también con expresiones personales como "El funcionario público que abusando..." (artículo 167, CP).

Sujeto pasivo es el individuo que recibe el comportamiento realizado por el sujeto activo. Puede distinguirse entre *sujeto pasivo de la acción* (persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo) y el *sujeto pasivo del delito* (es el titular o portador del interés cuya esencia constituye la del delito, bien jurídico protegido). Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se puede distinguir.

EJEMPLO

En el artículo 196, referido a la estafa, una persona puede ser engañada —sujeto pasivo de la acción— y otra recibir el perjuicio patrimonial —sujeto pasivo del delito—. Caso diferente se presenta en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, donde necesariamente el sujeto pasivo de la acción y del delito coinciden.

b. Bien jurídico

La norma penal tiene la función protectora de bienes jurídicos. Un bien jurídico en la teoría del delito es un *valor considerado fundamental para una sociedad* que la norma penal quiere proteger de comportamientos humanos que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad que el legislador atribuye a *determinados intereses* que una sociedad considera fundamental para el vivir bien. Así las cosas, el rol que tiene el Derecho Penal en la protección del orden social tiene como objetivo la conservación de ciertos bienes jurídicos vitales para la comunidad. El reconocimiento y jerarquía de los bienes depende no solo de la estructura social, sino de las variables tendencias de la época[100].

El bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad[101].

Nuestro Código Penal señala que todo delito supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en virtud del artículo IV del Título Preliminar (que regula el principio de lesividad o de protec-

100 Hurtado Pozo, *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial. Política criminal y sanciones penales,* cit., p. 243.

101 Jescheck, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general,* traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Editorial Comares, Granada, 1993.

ción de bienes jurídicos), el mismo que también ha sido adoptado por nuestra jurisprudencia en múltiples pronunciamientos:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. En virtud del principio de lesividad, en un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del **bien jurídico tutelado** por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un integrante del tipo penal en su aspecto objetivo.

(Expediente N.° 68-99-Lima, del 20-07-1999. Sala Penal).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. Desde una perspectiva general, el **bien jurídico** se instituye como fundamento y límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos para una convivencia pacífica (...) y como límite, en cuanto restringe al legislador a sancionar sólo comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo bienes jurídicos protegidos por la norma.

(R. N. N.° 3763-2011-Huancavelica, de 29-01-2013, Sala Penal Permanente).

10. Ausencia de tipo

Esto supone que el hecho cometido no es delito; el hecho no está descrito en el Código Penal como delito. La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley"[102].

102 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios del derecho penal,* cit., pp. 578 y ss.

11. Juicio de tipicidad

La tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación de denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal[103]. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la ley penal[104]. La tipicidad significa tan sólo que la conducta contradice la prohibición o mandato asegurados penalmente[105]. La característica de una acción de adecuarse a un tipo legal constituye la tipicidad[106], pero no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal[107].

En síntesis, la tipicidad pertenece a la conducta y cuando se realiza el juicio de tipicidad se verifica si una determinada conducta se ha adecuado a un tipo penal.

---

103 Villavicencio, Felipe, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 296.

104 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito,* 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 496.

105 Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible,* 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 128.

106 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general,* 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 406.

107 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 455.

RECUERDA

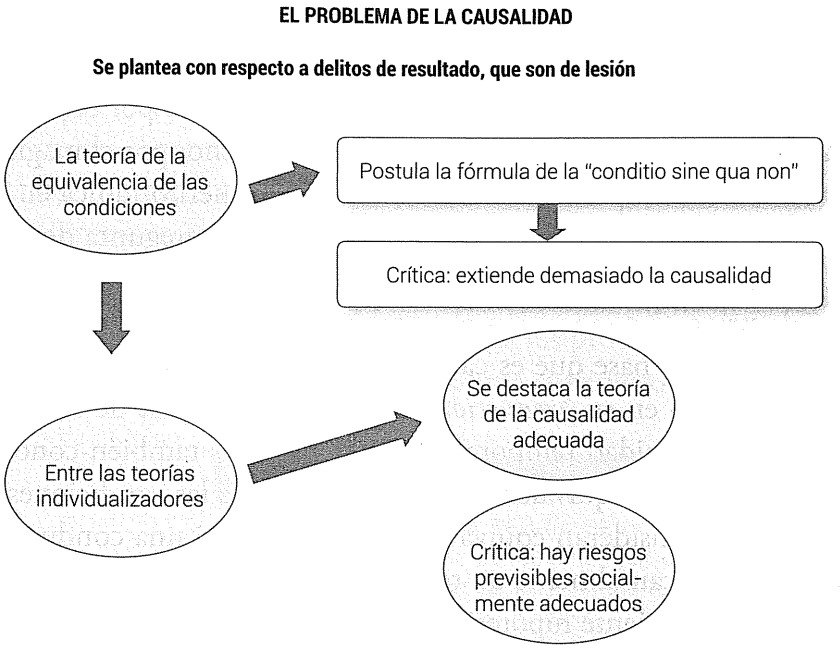
EL JUICIO DE TIPICIDAD ES un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.

IV. LA CAUSALIDAD

1. Teorías sobre la causalidad en derecho penal

A efecto de determinar cuándo podemos atribuir o imputar un resultado disvalioso, Jakobs asume que debemos realizar como primer punto de estudio un juicio natural de causalidad entre la acción y el resultado. Este análisis epistemológico causal ha sido conceptualizado por diferentes teorías, desde las propuestas naturalistas más puras, como la teoría de la equivalencia de las condiciones, hasta otras de corte neokantiano, que introducen aspectos valorativos al juicio de causalidad, como son la teoría de la condición adecuada y la relevancia.

Hemos considerado irrenunciable, sin ánimo exhaustivo, describir la evolución histórica de las más importantes teorías, previas a la imputación objetiva, que explican la relación antecedente/consecuente de la acción con el resultado injusto: la teoría de la equivalencia o *conditio sine qua non*, la teoría de la adecuación o condición adecuada y finalmente la teoría de la relevancia.



a. Teoría de la equivalencia de condiciones

Conocida también como la teoría de la *conditio sine qua non* tuvo su desarrollo en Alemania y como exponente a Maximilian von Buri. La enuncia así: es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción con independencia con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia. Todas las condiciones de un resultado son equivalentes entre sí. Toda causa de un determinado evento tiene la misma importancia de las demás, aunque esté más lejos o más cerca. Es una teoría basada en la física y en la lógica de la física matemática. Como teoría física, es irrefutable. Aquí se realiza un juicio hipotético de supresión en mente y si se elimina esa causa el resultado no se hubiera producido. El problema básico es que al ser todas causas podría suponer un regreso al infinito (las causas de las causas son también las causas de lo causado).

Los problemas relativos a la causalidad tienen su origen a finales siglo XIX en los planteamientos empíricos positivistas de John Stuart Mill. Doctrina, a su vez, adaptada al ámbito jurídico por el procesalita austriaco Julius Glaser y, como ya hemos dicho, por el magistrado del tribunal supremo alemán von Buri. Su mérito radica en que por primera vez se da una respuesta concreta a la pregunta de cuándo existe relación de causalidad entre una conducta y un resultado. Esta doctrina se conoce con el nombre de **teoría de la condición.** Ella parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su *producción* con su *independencia* de su mayor o menor proximidad temporal. Por esta razón es también conocida como teoría de la equivalencia, puesto que todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes. Identificar si una conducta ha condicionado causalmente un resultado se resuelve mediante la utilización de la siguiente hipótesis: es *causal toda condición del resultado que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado.* Para los seguidores de esta postura, establecer la causalidad como condición era suficiente para afirmar la presencia del tipo objetivo.

RECUERDA

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE ACCIÓN Y RESULTADO parte de la equivalencia o igualdad entre cada uno de los antecedentes o condiciones físicas previas al resultado.

En otros términos, la relación de causalidad entre acción y resultado parte de la equivalencia o *igualdad* entre cada uno de los antecedentes o condiciones físicas previas al resultado. La causalidad consiste en que la acción del autor, de alguna manera, fue eficaz en la producción del resultado. Cualquier circunstancia, en el sentido de las ciencias naturales que haya sido causal para el resultado, es también causal en sentido jurídico. De acuerdo con la teoría de la equivalen-

cia de condiciones, no se puede distinguir entre factores que han determinado el resultado y, por tanto, tampoco se puede distinguir entre causa y condición. Cada factor, dentro de esta teoría, que haya contribuido al resultado es causa. De acuerdo con esta propuesta, se parte del principio de que cada acontecimiento natural tiene como antecedente una causa, pues cada acontecimiento es determinado.[108]

La teoría de la equivalencia, a pesar de haber sido aceptada universalmente como la doctrina que mejor explica los procesos causales en la teoría del delito, no por ello no acepta una supervisión crítica.

RECUERDA

DE ACUERDO CON LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES, no se puede distinguir entre factores que han determinado el resultado y, por tanto, tampoco se puede distinguir entre causa y condición.

b. Teoría de la causa eficiente

Tuvo como expositores a Mayer en Alemania y a Manzini en Italia. Un resultado —afirman estos autores—, para ser imputado a un sujeto, se debe establecer que fue producto de una causa que actuó en forma decisiva y eficiente en su producción. Según esta teoría, se debe evaluar la causa desde el punto de vista cualitativo, es decir, establecer cuál fue la que, siendo eficiente, decidió el resultado. Se ha criticado esta teoría por razón de las múltiples polémicas que se suscitan para deducir cuál es la causa eficiente en la producción de un resultado y descartar las restantes que en él también incidieron, pues

108 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

esa calificación obedece a criterios meramente subjetivos, de acuerdo al interés que tenga frente al respectivo resultado.

c. Teorías de la adecuación social (Von Cries, Welzel)

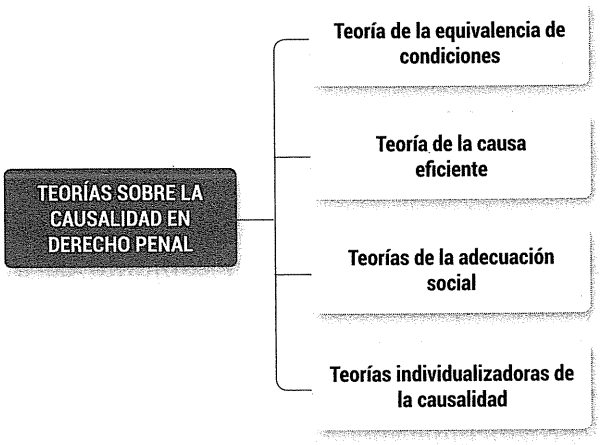
Esta no es propiamente una teoría de causalidad natural sino de la tipicidad. Sólo tendrán valor causal aquellas condiciones que sean "adecuadas" para producir un resultado. Aquí se hace una valoración social de si la conducta es adecuada o no adecuada. El principal problema es que los criterios de lo adecuado o no socialmente son abstractos y poco claros, además que no desarrolla criterios concretos de adecuación social. Esta teoría valorativa es la antesala inmediata a la teoría de la imputación objetiva.

d. Teorías individualizadoras de la causalidad

Estas parten entre distinguir entre cuáles son y no causas del resultado. Se distingue entre causa y condición.

Dentro de las teorías individualizadoras se han desarrollado la de "el factor decisivo" (Binding), la de la condición "más eficaz" (Birkmeyer) y "la última condición" (Ortman).

En general, el problema de las teorías individualizadoras de la causalidad radica en que son falsas como teorías de la causalidad natural, porque no existen desde un prisma físico natural causas más o menos eficientes ni más o menos eficaces, pues todas ellas se deben a las causas que las causaron y a las condiciones de estas que las causaron, de ahí que la teoría de la equivalencia de las condiciones sea la única aceptable e irrefutable como teoría de la causalidad natural.



2. Dificultades prácticas de la teoría de la equivalencia

a. *Regressus ad infinitum*

El postulado central de la teoría, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo conduce a una determinación excesivamente amplia de la causalidad. En efecto, no distinguir entre causas o condiciones jurídico-penalmente relevantes conduce a un *regressus ad infinitum*. Lo anterior conduce a afirmar que también será causa de un homicidio (y, por tanto, responsable el autor de la acción que se trate) no sólo el acto de contraer los músculos de la mano derecha que permitieron la percusión del arma homicida, sino también el acto quirúrgico ejecutado por el médico tratante, que recuperó el proceso motriz perdido, en momentos previos por el autor del evento que se juzga. El desconocimiento del médico impide la imputación del tipo subjetivo. Ante ello, no existe mayor dificultad; no obstante, agreguemos un plus hipotético (*ex curso* que adelanta nuestra exposición) en esta descripción ficticia: el médico tratante sabe las ulteriores intenciones del paciente, darle muerte a otro, percutiendo un artefacto de fuego, necesitando una mano derecha hábil para ello; en efecto, si el traumatólogo no restablece a su paciente su

endeble mano derecha, este nunca hubiese podido ejecutar su objetivo criminoso conforme a su plan.

Como ha asumido Jakobs, la prohibición de regreso se configura únicamente, cuando una conducta causal anterior es por definición inocua.

En este sentido, afirma que el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral y arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inofensivo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo a una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento insustancial (como curar la mano derecha del sujeto de nuestro ejemplo) no constituye participación en una organización no permitida (el homicidio)

RECUERDA

SEGÚN JAKOBS, la prohibición de regreso se configura únicamente, cuando una conducta causal anterior es por definición inocua.

Es en este contexto normativo en el que Jakobs advierte el ámbito principal de la prohibición de regreso, es decir, de la prohibición de recurrir o retornar, en el marco de la imputación, a personas que si bien causalmente (desde una percepción física o cognitiva) podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado la voluntad de hacerlo— a pesar de la no evitación, no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan de conformidad a las expectativas sociales. En una sociedad organizada en reparto de tareas (división del trabajo), con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo (que denominamos, siguiendo a Durkheim, solidaridad **orgánica**), ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido

objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo (*animus*).

b. Las dificultades como método de comprobación posterior

La fórmula de la hipótesis negativa, se ha definido como un método de comprobación posterior que no arroja ninguna luz sobre el fundamento material de la relación causal. Esta teoría solo es aplicable cuando ya se ha comprobado en supuestos anteriores la eficacia de la condición, pues en el caso que se desconozca la virtualidad de la causa —el fundamento material de la relación causal— la supresión mental no resuelve el problema de si ha tenido algún influjo en la producción del resultado.

La dificultad aludida ha sido ejemplificada por Roxin: "Si se quiere saber si la ingestión de un somnífero durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente, no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones. Pero si eso se sabe, la pregunta está de más."[109]

Cuando la dogmática requiere de una teoría que explique satisfactoriamente en qué momento estamos ante una relación causal relevante para el sistema penal, la doctrina que se trate deberá ser capaz de formular un marco teórico que presente posturas generalizadas frente a cualquier acontecimiento, es decir, una interpretación *ex ante* que no necesite fatalmente de datos empíricos. Los hechos históricos o planteos hipotéticos podrán ser desenlazados sin la necesidad de apelar a la experiencia en casos análogos, de lo contrario la doctrina carecerá de persuasión dogmática. En este orden, la doctrina de

109 Loc. cit.

la equivalencia pretende explicar cuándo una acción es antecedente de un resultado; no obstante, requiere la identificación empírica de ese resultado como consecuencia necesaria del acto desvalorado. Sin conocimientos previos (el dogmático), conforme a este método de análisis, no podrá resolver la cuestión de causalidad controvertida, que justificaría epistemológicamente la teoría de la equivalencia.

RECUERDA

LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA pretende explicar cuándo una acción es antecedente de un resultado; no obstante, requiere la identificación empírica de ese resultado como consecuencia necesaria del acto desvalorado.

c. Casos de causalidad alternativa

En este caso, varias condiciones independientes, actúan conjuntamente, siendo cada una de ellas suficiente para la producción del resultado.[110] Todas ellas son efectivas al mismo tiempo para el resultado disvalioso. La hipótesis de la supresión mental no nos sirve en este caso para afirmar la relevancia de determinado acto alternativo a otros igualmente eficientes, como causa de la consecuencia final.

EJEMPLO

Sin concierto previo, A y B vierten suficiente cantidad de veneno (cada uno) en el café de C, con el propósito de darle muerte. A consecuencia de la conducta disvaliosa de A y B (esta es, la desviación deliberada del rol social que exige la protección de la vida humana, en el sentido de evitar la creación de un riesgo capaz de concretar el tipo objetivo de homicidio), C finalmente muere.

110 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

Para determinar la relación causal de A con el resultado muerte, conforme al postulado epistemológico de la equivalencia de las condiciones, se requiere inexorablemente la supresión hipotética de su conducta y habrá finalmente dicha conexión antecedente/consecuente, si desaparece hipotéticamente el resultado *ex post*. No obstante, como bien apreciará el lector, el resultado muerte persiste. Por ello la conclusión prescrita por la fórmula de la igualdad de las condiciones será sencillamente insoportable: **no existe nexo causal entre la conducta de A y el resultado muerte.**

Alguna doctrina alemana ha propuesto una modificación de la teoría de la equivalencia ante los casos de causalidad alternativa: *si hay varias condiciones, que pueden suprimirse mentalmente cada una de manera alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado desaparezca, cada una es causal para el resultado.*

A pesar de ello, la modificación de la base teórica de la igualdad de las condiciones implica, necesariamente, una nueva postura dogmática que admite la debilidad del planteamiento primigenio.

CAPÍTULO 6
IMPUTACIÓN OBJETIVA

Resumen de este capítulo

La imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.

I. RESPECTO A LA MISIÓN DEL DERECHO PENAL

La imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

De acuerdo a la moderna **teoría de la imputación objetiva** no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al quedar demostrado la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado.

(R. N. N.º 1767-97-Lima).

A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre **imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva del resultado.** En este sentido, la creación del riesgo debe apreciarse ex ante y la realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad debe apreciarse ex post.

1. De la causalidad a la imputación objetiva

Los criterios de imputación han evolucionado desde los albores del derecho penal desde un punto de vista meramente empírico hacia un concepto fundamentalmente normativo (la imputación objetiva).

Desde la perspectiva del naturalismo, el tipo penal fue concebido con base en criterios propios de las ciencias naturales, y por esta razón se elaboró sobre el dogma de la causalidad. Bajo esta línea interpretativa bastaba demostrar que para la realización del tipo existía un nexo de causalidad entre el sujeto activo y el resultado que debía ser comprobado empíricamente. La imputación se redujo entonces a teorías naturalistas (teoría de la equivalencia de las condiciones y teorías individualizadoras) y, posteriormente, se dieron lugar a las teorías valorativas (teoría de la adecuación social y teoría de la imputación objetiva).

La teoría de la imputación objetiva nace a raíz de casos (en principio como teoría tópica) en los que la sola causalidad es absolutamente insuficiente.

Los primeros de estos casos son los **cursos causales complejos**, es decir, aquellos en los que concurren varias causas, de modo que ante una causa que tendríamos que determinar cuál es la principal hay una serie de causas que pueden ser anteriores, que pueden ser posteriores o simultáneas, sobre la cual debemos de determinar cuál es la relevante, si todas lo son en parte o no las son.

EJEMPLO

Una herida mortal a un sujeto que tiene una enfermedad anterior desconocida por el autor de la puñalada. Esta herida que, en principio, no hubiera producido la muerte de ninguna persona, produce el fallecimiento de la víctima, pues es hemofílica, por lo que producto de dicha herida muere.

Los segundos son los **cursos causales parciales**. Es el supuesto en el que la acción conjunta de varias personas produce el resultado, pero de una forma tal que ninguna de las acciones por sí mismas tendría la capacidad para producirlo, por tanto, se produce por la acumulación de dichas acciones.

EJEMPLO

Dos personas vierten veneno en la bebida de la víctima que aisladamente no le podrían generar la muerte, pero cuya suma es letal, y la víctima muere.

Un tercer tópico de casos son los **cursos causales hipotéticos.** Estos casos se dan cuando el resultado se produce, pero este se hubiera producido exactamente igual o, mejor dicho, se hubiera producido el mismo resultado (o con alta probabilidad), aunque el sujeto no hubiera realizado la conducta que lo causó.

EJEMPLO

Un médico administra por error un medicamento perjudicial para el paciente, pero éste hubiese muerto igual, aunque se le administra el correcto.

Finalmente, tenemos los **cursos causales irregulares.** Estos se dan cuando el sujeto mediante un comportamiento coloca a la víctima en una situación deliberada de riesgo, con la esperanza de que se produzca un resultado fatal, y este acaece.

EJEMPLO

- Se envía a una persona al bosque durante una tormenta con la esperanza que le caiga un rayo y, en efecto, el rayo le cae y la persona muere.
- Comprar un billete de avión a un amigo con la esperanza de que éste suba y que acontezca un accidente en el avión y, en efecto, acontece el accidente y este muere.

En efecto, la causalidad y su relación en la determinación de acción típica hoy es cuestionada, pues si bien estas podrían explicar la vinculación material entre acción y resultado desde un planteamiento

físico natural de las leyes científicas de causa-efecto. Sin embargo, desconocen el ámbito jurídico, el ámbito del "deber ser"; por lo que ahora se suele hablar de relación de riesgos (determinar si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se ha realizado en el resultado, etc.; en otro sentido, si se ha cumplido o incumplido el rol que a todo ciudadano compete y se ha defraudado la norma, en base a la teoría de los roles). Esta relación de riesgos, su aceptación, creación y relevancia penal se estudian en la teoría de la imputación objetiva que permite atribuir responsabilidad a una persona independientemente del acaecer fenomenológico de su conducta, sino teniendo presente criterios normativos de imputación y exclusión de imputación.

2. La imputación objetiva como superación de las teorías de la causalidad natural

a. Acercamiento conceptual

La teoría de la imputación objetiva nace como una necesidad ante la insuficiencia de las teorías de causalidad natural. Sin dejarlas del todo de lado, pues, en efecto, la causalidad natural es una condición necesaria en muchas ocasiones (empero, por ejemplo, en la omisión impropia esta es irrelevante), mas no suficiente para la existencia de la imputación objetiva. En efecto, ya el neokantismo ofrece una fuerte crítica a las teorías causales de la acción en el sentido que de un estudio empírico de la realidad no pueden encontrarse fundamentos normativos para su valoración, esto es, del "ser" no se puede inferir el "deber ser" (falacia naturalista).

Modernamente se estudia la imputación objetiva dentro de la tipicidad objetiva, pues esta se considera la imputación del tipo objetivo al sujeto. La teoría de la imputación objetiva supone dos ámbitos: (i) una creación desde una perspectiva *ex ante* de un riesgo jurídicamen-

te desaprobado; y (ii) que ese riesgo jurídicamente desaprobado se haya materializado en el resultado.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

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 la 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 (...).

(R. N. N.° 3855-2007-Lima, de 15-05-2009, FJ 4. Primera Sala Penal Transitoria).

b. ¿Qué es imputación?

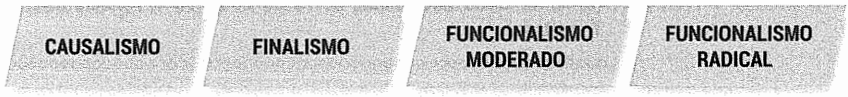
En la tradición kantiana, la imputación significa atribución de un hecho al hombre y no a causas externas a él, esto es, imputación a la libertad y no a la simple causalidad. Ahora, lo afirmado no es óbice para afirmar que es diferente algo producto de la libertad del sujeto y otra es la valoración de lo que se ha imputado como hecho libre, esto es, su sentido normativo. Ya refería Hruschka que una cosa es la *imputatio facti* (como imputación a la libertad) y la aplicación *legis ad factum* (valoración jurídica de lo imputado). Este último aspecto es lo que a la imputación objetiva se refiere.

c. ¿Por qué objetiva?

Una de las cuestiones tradicionalmente oscuras de la "teoría de la imputación objetiva" es su carácter objetivo. La imputación sería objetiva porque con ella se afirma (o se niega) la presencia del tipo objetivo, en contraposición del tipo subjetivo

3. Origen doctrinal de la imputación objetiva

Después de muchos años de análisis del derecho penal bajo términos prejurídicos, ontológicos o naturales (causalismo), y habiendo superado visiones finalistas, modernamente el tema objeto de eternos debates se plantea en torno a una visión funcionalista del derecho penal. Es en esta discusión donde podemos encontrar como máximos exponentes de un lado al profesor de la Universidad de Múnich, Claus Roxin y, de otro, al profesor de la Universidad de Bonn Günther Jakobs[1].



Ambos autores han hecho que el derecho penal no pierda el atractivo, es decir, el interés que hace que hoy se lean estas líneas. Sus revolucionarios planteamientos han tenido repercusiones en todo el mundo. El profesor Roxin es conocido por su teoría de la "autoría mediata en aparatos de poder organizado", teoría con la cual rompió los esquemas de la clásica autoría mediata, estableciendo responsabilidad penal no solo al hombre de atrás sino también a aquel "instrumento fungible" del que se sirve, ello por supuesto, bajo una serie de requisitos jurídicamente establecidos. Con esta teoría, Roxin nos ha dado otra visión del artículo 23 de nuestro Código Penal. Su pensamiento ha marcado, sin duda, un cambio de rumbo en la dogmática penal:

1 Queriendo ser este un manual no solo teórico, sino también práctico, no es ocioso señalar que, en el honorable ejercicio de la abogacía, estas posiciones, tanto la causalista, finalista y funcionalista, no son excluyentes entre sí, sino por el contrario, en un caso concreto estas pueden llegar a complementarse perfectamente. Aquí una conclusión adelantada que trataremos más adelante.

el rechazo de sistemas abstractos basados en principios inmutables y su orientación hacia fines sociales. [2]

Del mismo modo, el funcionalismo radical tiene como principal exponente a Günther Jakobs, quien sostiene que el sistema dogmático se orienta exclusivamente a la idea de prevención integración. Este autor ha dado un giro copernicano al entendimiento del derecho penal, sosteniendo afirmaciones como que la diferencia entre acción y omisión resulta irrelevante, ya que la responsabilidad se establece en base a competencias, o del mismo modo, la posición de que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino por el contrario tiene como finalidad el mantener la vigencia de la norma. Esta posición tiene también mucha aceptación hoy en día.

Como se puede ver, ambos autores han traído al mundo dogmático cuestiones extremadamente novedosas, que responden a sociedades actuales o denominadas "sociedades de riesgos". Tanta es la importancia de este debate de posiciones, que en la actualidad se han creado dos bandos de seguimiento, marcando una línea de funcionalismo moderado (Roxin) y otra de funcionalismo radical (Jakobs). Si bien para los primeros debe tomarse en cuenta en la construcción de un derecho penal de modo decisivo valores y principios garantísticos, para los segundos un sistema dogmático no puede construirse únicamente sobre la base de valores y principios garantísticos, sino sobre todo en una idea fundamental de protección de vigencia normativa-prevención integración.

El funcionalismo moderado tiene entre sus principales exponentes a Claus Roxin, Santiago Mir Puig, Juan Bustos Ramírez, Francisco Muñoz Conde y José Manuel Gómez Benítez. Mientras que el funcionalismo radical tiene entre sus principales exponentes a Günther

2 García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* Grijley, Lima, 2008, p. 258.

Jakobs, Carlos Caro Coria, José Antonio Caro John, Percy García Cavero y Claudia López Díaz, entre otros.

Uno de las diferencias entre Roxin y Jakobs pasa por la visión que tienen de la función del derecho penal y de la pena; de hecho, ambos tienen una visión distinta desde el punto de vista filosófico. Sin embargo, no existe en su pensamiento mayores diferencias desde un punto de vista metodológico.

En 1970, el profesor Roxin, en vista de que el penalista se encontraba más en un mundo ideal que en una sociedad a la que había que regular y ordenar, ello debido a corrientes como el causalismo y el finalismo, plantea orientar la dogmática penal hacia la "Política criminal"[3]. Así, autodenomina a su construcción dogmática como un "sistema teleológico-politicocriminal"[4], estableciendo su teoría del delito en base a la función político criminal del derecho penal; por ello, los elementos generales del delito (acción, tipo, antijuridicidad, culpabilidad) debían ser establecidos y armonizados acorde a los fines político-criminales.

FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINALES EN LA TEORÍA DEL DELITO	
ACCIÓN	Un sujeto habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él, como persona. La finalidad político criminal se encuentra en que al valorar algo como no acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido. (García Cavero)
TIPO	Un sujeto habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él, como persona. La finalidad político criminal se encuentra en que al valorar algo como no acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido.

3 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* cit., p. 256.

4 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* pp. 216 y ss.

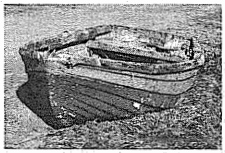
FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINALES EN LA TEORÍA DEL DELITO	
ANTIJURICIDAD	En este caso, procede una valoración concreta ante una situación de conflicto social. La función político criminal se encuadra en que esta categoría entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo soluciona colisiones de interés.
CULPABILIDAD	En este elemento se encuentra la prevención especial, debido a que no se aplica al hecho sino al delincuente mismo. Se incluye un elemento político criminal que Roxin denomina responsabilidad y que se corresponde con la idea de necesidad de pena. (García Cavero)

En esta concepción de la teoría del delito, el profesor Roxin señala que el derecho penal tiene que servir a la "protección de bienes jurídicos" y con ello al libre desarrollo del individuo. En esta visión funcionalista, donde tradicionalmente se ha entendido que el derecho penal, como medio de control formal, tiene la finalidad de proteger aquellos intereses que la sociedad ha determinado importantes para su subsistencia en armonía (vida, libertad, patrimonio, intimidad, honor, etc.), se define a los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado para el funcionamiento del propio sistema[5]. Así, la exigencia de que el derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas[6].

Sin embargo, cabe resaltar que estos bienes jurídicos no deben ser entendidos de manera "estática", sino de manera "dinámica", es decir, no deben ser vistos como piezas de museo que deben permanecer encerradas en aparadores de vidrio para evitar que se les manipule, sino que, por el contrario, se debe entender que eventualmente estos podrían ser lesionadas sin que necesariamente el Derecho penal tenga que intervenir a fin de prevenir o sancionar dicha lesión. A manera de ejemplo:

5 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, p. 56.

6 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, p. 52.



Un bien mueble dejado a la orilla del mar por un tiempo determinado, obviamente acarrea un deterioro en el mismo, lo que implica necesariamente una disminución en su valor; explicado en términos penales, existe una "lesión al bien jurídico patrimonio", sin embargo, dicha lesión no involucra la intervención del Derecho penal a fin de proteger esa lesión.

(Visión dinámica del bien jurídico).
Inmanuel Kant

Este concepto fue planteado anteriormente a comienzos de los años treinta, cuando Welzel, padre de la corriente finalista, intentaba sentar las bases para un replanteamiento de la concepción causalista de la teoría del delito, señalando así que los bienes jurídicos no debían ser entendidos de manera estática, sino que debían ser comprendidos de manera dinámica, esto es, como elementos que forman parte de nuestra vida social y con los que estamos interactuando de manera permanente.

Es así como surge el concepto de "adecuación social", con el cual se pretendió englobar aquellas conductas que más allá de su lesión a un bien jurídico, eran avaladas por el conglomerado social como, por ejemplo: las lesiones que se propinan dos boxeadores en un ring de box; ergo, aun contra sus fundamentos, este concepto fue objeto de arduas críticas debido a problemas en su ubicación dentro de la teoría del delito. Sin embargo, e irónicamente, en la actualidad este concepto, rechazado anteriormente por la doctrina dominante, hoy como parte de la teoría de la imputación objetiva, es fundamento de no pocas resoluciones judiciales.

Los bienes jurídicos y su establecimiento en el ámbito de lo punible, en un principio tuvieron como problema cardinal la base de su establecimiento, es decir, cuál era el fundamento para sostener el concepto de que ciertos bienes merecen protección jurídica; en este sentido, Roxin plantea que el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legisla-

dor se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente solo se puede derivar de los cometidos plasmados en la ley fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.[7]

En cuanto a la finalidad de la pena, Roxin ha establecido una mixtura de las teorías absolutas y las teorías relativas, derivando así una "teoría unificadora de la pena"[8]. Aquí se ha establecido que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por ello, la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora.[9]

El Tribunal Constitucional peruano también ha mostrado su inclinación por esta teoría:

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

42. [...] [T]oda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva **los fines que cumple la pena** dentro de un Estado social y democrático de derecho.

(STC 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio del 2005, fundamento 42).

Esta teoría de la pena establece momentos para la aplicación de una determinada finalidad. Así, señala que, al momento de vincular una conducta con una sanción, esta amenaza de pena tendría una fun-

7 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, p. 55.

8 Abanto Vásquez, Manuel A., "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", en *Revista Penal,* N.º 16, Madrid, 2005, pp. 3 y ss.

9 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* cit., p. 53.

ción preventivo general; en la fase de la imposición y medición de la pena también tendría cabida la prevención general, sin embargo, el legislador puede prever casos en los cuales, por razones de prevención especial, la pena efectiva puede quedar incluso por debajo de la culpabilidad. Asimismo, durante la ejecución de la pena, solo se justifica la prevención especial en el sentido de la resocialización.[10]

Uno de los mayores reproches que se hacen al pensamiento de Roxin es la falta de un sistema completo de imputación de responsabilidad a partir de sus ideas programáticas y que, por ello, adolece de inseguridades y cierta arbitrariedad.[11] Del mismo modo, se cuestiona que la finalidad del derecho penal se encuentre en la protección de bienes jurídicos, ello debido a que cuando el derecho penal pretende intervenir los bienes jurídicos ya fueron lesionados, o en otros casos el derecho penal interviene sin mediar una lesión al bien jurídico (la tentativa, por ejemplo, o, modernamente, señalar que no se han logrado explicar los delitos de peligro abstracto).

Es así que, en contraposición a este funcionalismo moderado, surge el pensamiento de Jakobs, quien rechaza que la finalidad del derecho penal sea la protección de bienes jurídicos y por el contrario sostiene que este medio de control social tiene como finalidad "mantener la vigencia de la norma". Afirma que la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideran capaces de lesionar bienes jurídicos[12]. Así, el concepto tradicional de bien jurídico ha sido recientemente criticado, pues también se considera al delito como una defraudación de expectativas normativas[13].

---

10 Abanto Vásquez, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", cit., pp. 3 y ss.

11 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* cit., p. 257.

12 García Cavero, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* cit., p. 55.

13 Rodríguez Delgado, Julio, *El tipo imprudente,* Grijley, Lima, 2013, p. 58.

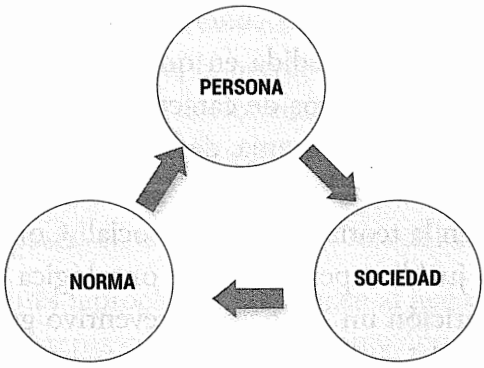
Jakobs elabora un sistema más coherente, que se ha opuesto al de su maestro Welzel, en la medida en que rechaza por "naturalistas" y "factisistas" los presupuestos de carácter ontológico sobre los que Welzel había construido su sistema, desarrollando así una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social. Con este pensamiento, la dogmática jurídico-penal de base ontológica quiebra, y en su lugar hace su aparición un "principio preventivo general" orientado al mantenimiento del sistema social. Del mismo modo, en cuanto a la pena, se sostiene que está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es, a lo que hoy se llama "prevención general positiva", y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales.[14]

Este funcionalismo radical tiene su fundamento en tres conceptos que están íntimamente relacionados entre sí: el concepto de persona, sociedad y norma. La idea central es que la persona, en su condición de ser social, vive en sociedad, pero que la única forma de hacerlo en paz es cumpliendo normas. Las normas deben ser dadas por la sociedad, estas reflejan lo que la sociedad quiere, aspira, anhela, cambiando conforme las sociedades también lo hacen. De suerte que una persona que vive en determinada sociedad, debe cumplir sus normas; de no hacerlo, defrauda las expectativas sociales, pues hace lo que la sociedad considera incorrecto, surgiendo el concepto de imputación, que es el reverso del cumplimiento de la norma.

Bajo este concepto, se entiende que la persona en sociedad es portadora de un rol, portadora de una expectativa normativa, un comportamiento que la sociedad espera de él, aquel que deberá cumplir para su convivencia pacífico; lo contrario, implica sanción.

---

14 Roxin, Claus y Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio,* Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 56.



El concepto que plantea Jakobs es el de una "sociedad autopoiética"[15], es decir, un sistema capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo. Dentro de esta perspectiva, se recuerda que el derecho es pura comunicación y esa es la base de comprensión de la autopoiesis en el sistema jurídico. La persona se encuentra en comunicación con la norma y así logra motivar su comportamiento conforme a ella.

Esta misma norma, al ser establecida, mantiene una vigencia que los miembros de la sociedad deberán respetar. Así, por ejemplo, el no matar o el no lesionar. Cuando una persona, infringiendo su rol, incumple la norma, también comunica, pero en forma negativa, sosteniendo que la norma ya no tiene vigencia, es decir, afirma que "matar está permitido". Es en esta instancia donde el derecho penal interviene, también comunicando, pero negando el dicho de la persona infractora, sosteniendo que lo que ella pretende comunicar es

15 Concepto tomado de las ciencias naturales, donde se establece que una "máquina autopoiética es una máquina organizada (definida como una unidad) como una red de procesos de producción (transformación y destrucción) de componentes que: (i) a través de sus interacciones y transformaciones continuamente regeneran y realizan la red de procesos (las relaciones) que los han producido, y (ii) la constituyen (la máquina) como una unidad concreta en el espacio en el que ellos (los componentes) existen especificando el dominio topológico de su realización como tal de una red".

incorrecto, por tanto "matar sigue estando prohibido", por lo que la norma que fue defraudada, recupera su vigencia en la sociedad.

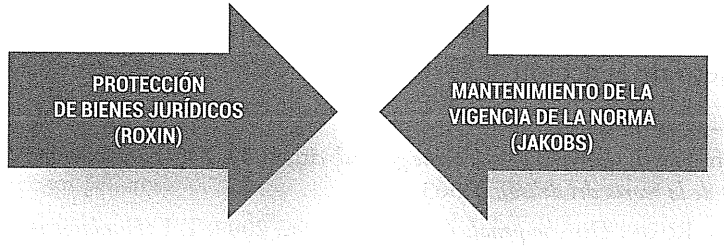
Así, se sostiene que la pena es coacción portadora de la respuesta a un hecho, es decir, como negación de la negación[16].

NORMA	"NO MATAR"
CONDUCTA	"MATAR" (niega la vigencia de la norma)
CONDUCTA	"COACCIÓN" (niega la conducta del sujeto y reafirma la norma)

En este sistema, es fundamental señalar que al ser la norma la encargada de otorgar los roles o "competencias", mientras más normado se encuentre un ámbito, más sencillo será el establecimiento de responsabilidades en caso de incumplimiento, de ahí que a esta concepción se le denomine "normativismo radical".

Como se puede ver de lo explicado anteriormente, tanto el funcionalismo moderado sostenido por Roxin como el funcionalismo radical sostenido por Jakobs, traen a la dogmática penal sistemas novedosos, ambos con fundamento en la finalidad que otorga cada uno al derecho penal.

Siguiendo a Silva Sánchez, lo decisivo de la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del derecho penal.



16 Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo,* Civitas, Madrid, 2003, p. 23.

A partir de ambos pensamientos, se han logrado construir sistemas de imputación a través de los cuales se pretende cumplir con la finalidad otorgada al derecho penal.

4. Tesis de Roxin

Roxin funda su teoría bajo el siguiente apotegma: "Un resultado causado solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto"[17]. El análisis de la imputación objetiva —a decir del profesor alemán— supone tres aristas, estos son: (i) la creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado; (ii) la realización del riesgo no permitido; y (iii) el alcance del tipo.

4.1. Creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado

Así las cosas, dentro de la creación de un riesgo no permitido Roxin analiza:

a. La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

A saber, según señala el profesor alemán: "Ya de entrada la falta de creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima y, por tanto, mejora la situación del objeto de la acción"[18].

---

17 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 363.

18 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 365. Sobre este supuesto, Roxin pone el ejemplo de aquel que ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, si logra desviarla a una parte del cuerpo para la que

b. La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

Sobre este punto señala Roxin que además "hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable"[19].

c. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

Aquí se determina en qué medida los cursos causales hipotéticos son relevantes o irrelevantes. La imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho[20].

EJEMPLO

El conductor de un lujoso BMW deja estacionado su auto en el peligroso barrio de Los Barracones del Callao. El ladrón que hurta la radio no puede negar la imputación del tipo penal del delito de hurto alegando que si se hubiera abstenido de actuar cualquier otro habría llevado a cabo el hurto.

El ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas. No se puede negar la imputación objetiva argumentando que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido y por tanto no podía seguir siendo puesto en peligro, pues aquel resultado lesivo, en

es menos peligrosa.

19 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 366.

20 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 368.

concreto, es la realización de un peligro creado exclusivamente por dicho autor[21].

Sin embargo, la excepción subyace cuando el agente modifica un curso causal impuesto por la naturaleza. A saber, señala Roxin, que en "cambio, la imputación se excluye cuando el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto"[22].

d. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Según refiere Roxin, aunque "el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo, la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido (...). Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo"[23].

4.2. La realización del riesgo no permitido

Ahora bien, dentro de la realización del riesgo no permitido, Roxin examina lo siguiente:

---

21 Amoretti Navarro, Mario. *La imputación objetiva como teoría del tipo objetivo. Panorama, criterios y jurisprudencia.* cit., p. 176.

22 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 369. Asimismo, Roxin cita un caso ideado por Samson; circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de montaña de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. A cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar.

23 Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 371.

a. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

Sobre esto refiere el profesor alemán que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo como una conexión causal con el mismo[24].

b. La exclusión de la imputación objetiva si falta la realización del riesgo no permitido

Refiere Roxin que "la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Pero, así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido"[25].

c. La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

En estos supuestos se excluye la imputación objetiva cuando pese a que un determinado comportamiento genere un peligro prohibido, el fin del precepto normativo no trata de impedir el resultado lesivo que en el caso concreto se ha producido. El criterio permite negar la

---

24 Roxin *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito]*, p. 373) pone el ejemplo en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere por el atentado sino por un incendio en el hospital.

25 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito]*, p. 375.

imputación objetiva cuando, pese a haberse dado un aumento del riesgo, el resultado acaecido no era aquel que la norma quería evitar[26].

d. Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento de riesgo

En este supuesto se niega la imputación objetiva cuando existe la seguridad de que el mismo resultado lesivo se habría producido incluso si el sujeto hubiese, alternativamente, actuado conforme a Derecho. La explicación radica en que, entonces, no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. En cambio, no podría negarse la imputación cuando la conducta alternativa conforme a Derecho habría evitado el resultado, aunque no con seguridad sino en grado de probabilidad. Pues así, la superación del riesgo permitido habría incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un resultado típico. Es decir, la acción habría generado un riesgo no permitido que se ha materializado en el resultado.

EJEMPLO

El chofer de un tráiler que adelanta un automóvil por el carril derecho y no por el lado izquierdo —como prevé el reglamento de tránsito—, ocasionando la muerte de uno de los ocupantes del último vehículo, no podría negar la imputación objetiva del tipo penal de homicidio culposo, ya que el autor ha superado el riesgo permitido. Pero si el chofer del tráiler hubiera adelan-

26 Roxin *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito],* p. 376) brinda el ejemplo de dos ciclistas que marchan de noche, uno tras otro, sin alumbrado en sus bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación. En el caso se niega la imputación del resultado porque el fin del precepto que impone la iluminación radica en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten choques con terceros.

tado el automóvil, de conformidad con las normas de tránsito, aunque también la muerte por colisión de vehículos se llegase a producir, esta no le sería imputable, pues, aunque con la acción se hubiese generado un riesgo, como el que siempre existe en los adelantamientos, el legislador habría liberado al conductor de ese riesgo al autorizarlo.

4.3. El alcance del tipo

Finalmente, dentro del alcance del tipo, Roxin desarrolla lo siguiente:

a. La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa

Aquí Roxin señala que se excluye la imputación en los casos en los cuales un sujeto inicia o coopera en acciones de otro que son mucho más peligrosas[27].

b. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

En estos supuestos se excluye la imputación objetiva cuando alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo[28].

---

27 Roxin *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito]*, p. 389) pone el ejemplo que si A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo y si al hacerlo el temerario encuentra la muerte, el homicidio no es imputable objetivamente a A; ello, porque el tipo penal de homicidio no puede expandirse olvidando que su finalidad es la prohibición de matar, pero no prohibir la colaboración en el suicidio de uno mismo.

28 Roxin *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito]*, p. 393) brinda el ejemplo de un pasajero que quiere que un barquero le lleve por el río Memel (Niemen) durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el banquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga.

c. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

En estos supuestos se niega la imputación del tipo objetivo cuando la evitación del resultado recae en la esfera de responsabilidad de otro[29].

d. Otros casos

Finalmente, el profesor alemán cita otros casos de exclusión de imputación objetiva, como por ejemplo los daños consecuencia de un shock (daños producidos psíquicamente a un afectado por un delito, pero no en su propia persona) ni los daños consecuencia de otros (por ejemplo, el posterior accidente de tráfico de quien ha quedado impedido por una anterior lesión). Ahora bien, tales casos sólo son importantes casi exclusivamente en los delitos imprudentes.[30]

5. Tesis de Jakobs

En Jakobs la imputación objetiva tiene un matiz distinto. Esta debe entenderse dentro la construcción de su sistema penal en general. Para él, toda su teoría de la imputación y cada una de sus partes, se orientan desde el principio de prevención general como eje del siste-

---

29 Roxin *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *[Fundamentos. La estructura de la teoría del delito],* p. 398) señala que si, por ejemplo, A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.

30 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 402.

ma funcionalista. La prevención general persigue el mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma[31].

En este sentido, para Jakobs el Derecho Penal se encarga de devolver la vigencia a las expectativas sociales defraudadas. Así las cosas, estas expectativas sociales solamente se defraudan por una conducta objetivamente defectuosa, en la cual no se toma en consideración los distintos aspectos individuales del autor.

Ahora bien, la teoría de la imputación objetiva ofrece el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, esto es, cuándo se ha defraudado de manera objetiva una expectativa social institucionalizada o, lo que es lo mismo, una norma[32].

Para Jakobs, los seres humanos, dentro de una sociedad, cumplen diversos roles; y su ámbito de responsabilidad penal habrá de recaer en su ámbito de competencia (rol). Así, los deberes de comportamiento social de quien labora como salvavidas en una playa son diversos de los que posee un turista, así como las obligaciones radicadas en cabeza de un cirujano difieren de las asignadas a una madre. Con la misma lógica debe admitirse que cuando una persona guía un vehículo automotor debe cumplir con los deberes propios de un conductor, pero que cuando los abandona para recorrer las calles a pie debe atender las obligaciones inherentes a su condición de peatón[33].

De lo expuesto podemos colegir que el criterio que permite determinar objetivamente que se ha infringido una norma penal se encuen-

---

31 Amoretti Navarro, *La imputación objetiva como teoría del tipo objetivo,* cit., p. 181.

32 García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Jurista, Lima, 2012, p. 411.

33 Reyes Alvarado, Yesid. "El concepto de imputación objetiva", en *Derecho penal contemporáneo,* N.º 1, Bogotá, 2002, pp. 5 y ss.

tra en el desempeño incorrecto de un rol socialmente configurado. En este sentido, un hecho sólo podrá imputarse objetivamente a un ciudadano si constituye la infracción de un rol. Aquellos aspectos de la realidad que no forman parte del rol atribuido al ciudadano no podrán ser le imputados, aun cuando este haya podido fácticamente realizar estos aspectos o evitar su producción. Si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una paralización inmediata de la vida social. La imputación jurídico penal requiere, por tanto, de una base social objetiva que permita descartar los hechos o resultados que no se pueden atribuir objetivamente[34].

6. Estadios de la imputación objetiva

Hechas ya las distinciones entre la concepción de la imputación objetiva desde las visiones de Roxin y Jakobs, es menester determinar lo que en el presente trabajo denominaremos estadios o momentos de la imputación objetiva: primero, la imputación de la conducta y, en segundo lugar, la imputación del resultado.

Ahora bien, si bien es cierto y de manera primigenia se concibió a la imputación objetiva para los delitos de resultado[35]. Sin embargo, hoy en día gran parte de la doctrina considera que la imputación objetiva es también aplicable para los delitos de mera o simple actividad[36]. Esto se puede entender bajo el presupuesto que existe, en un primer momento, una "imputación objetiva del comportamiento" y en un segundo momento una "imputación objetiva del resultado"; siendo

34 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 412.

35 Aquellos en los cuales existe una separación espacio-tiempo entre el comportamiento del agente y el resultado fijado en la ley.

36 Aquellos que se consuman con la sola conducta del agente, sin la necesidad de un resultado ulterior.

que en los delitos de simple o mera actividad únicamente habrá de existir la imputación objetiva del comportamiento; mientras que en los delitos de resultado se producirá, además, una imputación objetiva del resultado.

II. DESARROLLO DE LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Históricamente, siendo la relación de causalidad la predominante en la teoría del delito, con la posterior propuesta de Welzel y su concepto de acción determinada por una finalidad, esta predominancia con el tiempo se vino abajo, aceptándose que la atribución de responsabilidad no puede estar basada en términos naturales u ontológicos (relación de causalidad), ya que la imputación desde un punto de vista solo causal, acarrearía arribar a la conclusión de que no existe diferencia entre el rayo que causa la muerte de una persona y el hombre que dispara sobre otro causándole la muerte, ya que en uno o en otro caso, ambos son causa de la muerte, sin embargo, solo en uno de ellos el derecho penal interviene. Esto evidencia que la relación de causalidad no es preeminente en la teoría del delito o mejor dicho no es el elemento que permite el accionar del derecho penal.

No se dice aquí que la causalidad no sea relevante en la atribución de responsabilidad penal, muy por el contrario, hoy en día "la causa" sigue formando parte de la teoría del delito. Así, por ejemplo, es el protocolo de necropsia la documental encargada de darnos la causa de la muerte en el delito de homicidio; sin embargo, esta relación de causalidad no resulta siendo el fundamento de atribución de responsabilidad penal.

La responsabilidad, al no estar fundamentada en términos naturales, requiere de un sistema de atribución de responsabilidad. Es así como surge el concepto de la "teoría de la imputación objetiva".

La moderna teoría de la imputación objetiva se gesta desde la etapa posfinalista, se busca integrar algunas conclusiones a las que arribó el finalismo con concepciones valorativas procedentes del neokantismo. Así, cuando Welzel introduce a la dogmática penal, su concepto de acción determinada por una finalidad tuvo gran acogida en cuanto a los delitos dolosos; sin embargo, y como bien se podrá entender, en relación a los delitos imprudentes no mantenía un razonamiento congruente, ello hizo que la imputación se bifurcara con la finalidad para los delitos dolosos, mientras que los delitos imprudentes encontraron en la "infracción al deber objetivo de cuidado" como su fundamento. Con el tiempo, este concepto también presentaría sus insuficiencias. Ello se podría explicar con un ejemplo:



Un conductor de camión, en su viaje por carretera, sobrepasó a un ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Tránsito; durante la imprudente maniobra de sobrepaso, el ciclista perdió el equilibrio y pereció arrollado por las ruedas traseras del vehículo. Practicada la necropsia, se estableció que, en el momento de su muerte, el ciclista conducía su vehículo en estado de ebriedad.

Como se puede colegir del caso, ambas personas infringieron el deber objetivo de cuidado, por lo que la responsabilidad recaía en ambos. Así, se entendió que la infracción al deber objetivo de cuidado como correctivo de la relación de causalidad no era suficiente para los casos que planteaba la realidad alemana.

En este contexto empezaron a surgir una serie de principios, la gran mayoría tomados del derecho civil, que pretendían solucionar los problemas que presentaba la infracción al deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes.

Por ello, no se falta razón a Gimbernat cuando señala que lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida

y hasta ahora habían deambulado por aquella, desde la causalidad hasta la acción, sin encontrar un lugar sistemático correcto. Así, se puede concluir que tanto el causalismo como el finalismo introducen una serie de criterios de índole normativa destinados a operar como limitadores de la tipicidad.

III. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE EL FUNCIONALISMO MODERADO DE ROXIN

En el caso del conductor del camión y el ciclista presentado anteriormente, el Tribunal Supremo alemán absolvió al conductor como autor de homicidio culposo, haciendo referencia a la inevitabilidad del resultado aun en el evento de que el conductor se hubiese comportado conforme a derecho[37]. Sin embargo, esta explicación no consiguió explicar del todo la ausencia de responsabilidad latente.

Es en este contexto que Roxin, en 1962, propone que el resultado debería serle imputable a una persona cuando esta, con su conducta, aumentara el riesgo que la sociedad ha establecido como tolerable o permitido. Este argumento fue conocido como la "teoría del riesgo".

RECUERDA

RIESGO PERMITIDO

Una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación y a al tipo objetivo. Por ejemplo, la conducción automovilística respetuosa de reglas, deportes riesgosos, box, etc.

37 Abanto Vásquez, "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", cit., pp. 3 y ss.

Sin embargo, el aumento del riesgo no es el único requisito para la imputación penal, también se requiere que este riesgo se verifique en el resultado. Por ello Roxin concluye afirmando que un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto dentro del alcance del tipo.

1. Criterios delimitadores de la responsabilidad en el riesgo

a. Aumento del riesgo no permitido

El avance social, de la mano con el desarrollo tecnológico, ha traído consigo que ciertas conductas, aun cuando puedan implicar un riesgo para la convivencia, son necesarias para el desarrollo de la propia sociedad. Así, por ejemplo, la fabricación y conducción de vehículos motorizados implican que en algún momento un accidente de tránsito pueda presentarse, sin embargo, esa posibilidad es aceptada por el beneficio que trae consigo el tráfico automotor; lo contrario implicaría un retroceso de la comunidad social hasta sus más primitivas etapas de desarrollo, porque ni siquiera podría ser tolerado el uso del fuego[38].

Bajo esta perspectiva, tiene lógica lo señalado por el autor nacional Felipe Villavicencio, cuando señala que la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos, ya que, para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes[39].

---

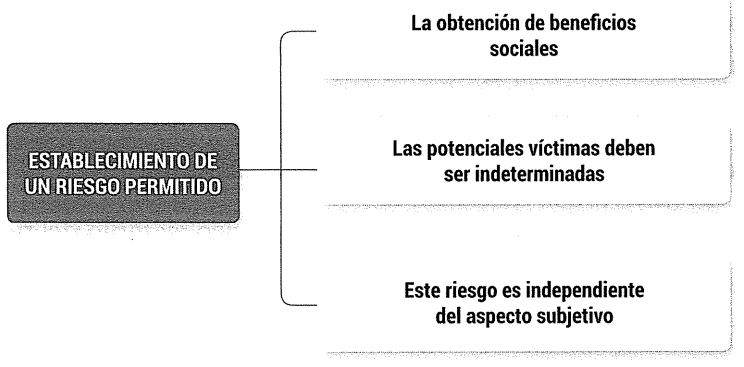
38 Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva,* 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 91.

39 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general,* cit., [2013], pp. 324 y 325.

Sin embargo, estos riesgos, al implicar potenciales lesiones a bienes jurídicos, deben ser controlados, por ello se hace referencia a un concepto de "riesgo permitido", es decir, acordonarlo bajo ciertos límites; con ello, se deberá renunciar a aquellos riesgos que no generen un beneficio tal que devenga en su permisión y al mismo tiempo aquellos riesgos que sí generan un beneficio para la sociedad serán encuadrados en límites para su realización; por ejemplo, se permite la instalación de fábricas que generan contaminación, sin embargo, esta contaminación solo se encuentra permitida hasta cierto límite.

La limitación del riesgo es concordante con el derecho de los ciudadanos al derecho a la vida y la integridad personal, ya que si bien es cierto el riesgo trae beneficios, este en ningún sentido podrá afectar ninguno de los derechos de las personas.

Para el establecimiento de un riesgo permitido se deben cumplir los siguientes requisitos:



EJEMPLO

Cuando las autoridades de policía se percatan de que un paracaidista que hacía una demostración ha sido arrastrado por corrientes de aire, de manera tal que en vez de descender en el lugar previsto lo hará sobre una concurrida autopista, caso en el cual la circulación de autos por dicha vía debe ser prohibida mientras el peligro para esa concreta persona

desaparece, de tal manera que el tránsito vehicular por dicha vía dejará de ser un riesgo permitido. (Ejemplo del profesor Jakobs citado en Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 93).

- **La obtención de beneficios sociales**

Como sostiene el profesor Yesid Reyes, se debe disfrutar de los beneficios sin eliminar los riesgos[40]. En una sociedad de riesgos como la nuestra, el solo caminar por la calle, implica ya un riesgo, sin embargo, sin su permisión, la vida en sociedad resulta inconcebible. Imagínese un país que no permita el riesgo de los vuelos intercontinentales; en este contexto, la propia economía de desmoronaría.

- **Las potenciales víctimas deben ser indeterminadas**

Bajo el mismo ejemplo del tráfico automotor, ejemplo en el que mejor se grafica un riesgo permitido, las víctimas que podrían acarrear este riesgo son indeterminadas, o mejor dicho, no se puede individualizar quiénes serían las personas que puedan sufrir posibles lesiones derivadas de este riesgo. Si así sucediese, este ya no sería un riesgo permitido y, por tanto, tendría que ser evitado.

- **El riesgo es independiente del aspecto subjetivo**

Este punto puede ser explicado a partir del clásico ejemplo del tío "rico":

EJEMPLO

El sobrino, como único heredero de su mayor y acaudalado tío, a fin de acceder a la cuantiosa fortuna de este, busca adelantar su muerte, por lo que constantemente lo envía a dar un paseo por el bosque con la esperanza de que en uno de esos paseos un rayo pueda acabar con su vida, hecho que finalmente acaece.

40 Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., p. 92.

Para este caso, la muerte del tío, causado por el caminar constante en el bosque, continúa implicando un riesgo permitido, ello, independientemente de lo que el sobrino se hubiese representado o mejor dicho independientemente del ánimo homicida que lo motivaba.

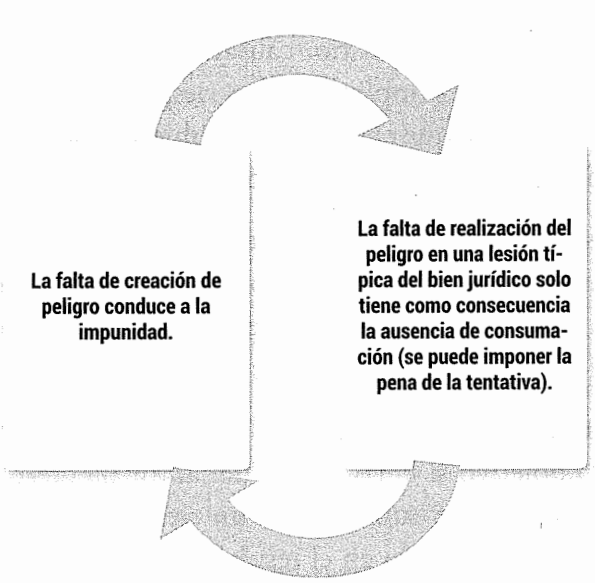
Si se aceptasen aquellos aspectos subjetivos, llegaríamos a la inconcebible conclusión de que en caso el tío no hubiese muerto, el sobrino hubiese podido ser procesado por tentativa de homicidio, lo cual, lógica y jurídicamente, resulta un absurdo.

En este estado, un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. A esto se llama "relación de riesgos".

De hecho, se exige la verificación en la normativa de qué riesgos o peligros son permitidos y cuáles prohibidos. Ello varía de legislación en legislación, pues la tolerancia de los riesgos es distinta en cada espacio territorial según la legislación y, sobre todo, va cambiando en el tiempo conforme evolucionan las sociedades.

Es regla general que este riesgo permitido se encuentre regulado normativamente como, por ejemplo, las prácticas deportivas, sin embargo y excepcionalmente, donde el riesgo carezca de dicha regulación, su determinación dependerá del juicio de ponderación de bienes jurídicos[41].

41 Bacigalupo, Enrique, *Principios del derecho penal. Parte general,* 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, p. 190.



b. Creación de un riesgo no permitido

En esta categoría se estudia como criterio de imputación la creación del riesgo no permitido; en esencia, una persona responde cuando realiza una actividad riesgosa no permitida, pues como vimos en sociedad existen muchos riesgos permitidos (manejar vehículos automotores, usar armas, operar artefactos pirotécnicos, mantener relaciones sexuales, etc.). En estos casos, el sujeto crea riesgos no permitidos, por lo que los resultados lesivos que se puedan generar, le serán imputables objetivamente.

Sin embargo, sí existirá responsabilidad cuando el resultado se derive de la creación de un riesgo no permitido. A manera de ejemplo, podemos citar que será un riesgo no permitido el conducir por una autopista un vehículo pesado que no tiene motor y que únicamente se desplaza por la fuerza de la gravedad que mueve sus ruedas en la bajada. En este caso, el resultado que se derive de dicha actividad, será responsabilidad del conductor, aun cuando tenga licencia de conducir.

c. No neutralización del riesgo no permitido por quien está obligado a ello

De otro lado, también sería materia de imputación la conducta de quien teniendo la obligación de neutralizar el riesgo no lo realiza, es el caso del policía de tránsito que verifica un conductor de vehículo en estado de ebriedad (en este caso, ya existe creado un riesgo no permitido), sin embargo, el policía lo deja seguir a cambio de una coima o mordida, en cuyo caso dicho policía respondería además del delito de corrupción, por las consecuencias que se generen de la conducción del vehículo por una persona en estado de ebriedad, pues tenía la obligación de neutralizar dicho riesgo y no lo hizo (muertes, lesiones, daños, etc.).

Igual ocurrirá en el caso del guardabosque que viendo el incendio en el bosque que está a su cuidado y que ha sido generado por terceras personas, no hace nada por neutralizarlo, en cuyo caso también responderá, pues tenía la obligación de neutralizar un riesgo y no lo hizo.

En el caso de un particular que se encontraba con el policía o el guardabosque, no hiciera nada por detener al conductor ebrio o neutralizar el incendio, tampoco responderá pues no tenía el deber de garante.

d. Incremento del riesgo no permitido

También sería imputable la conducta de quien, aun cuando no generó el riesgo no permitido, ni tiene la obligación de neutralizarlo por no ser garante, incrementa dicho riesgo. Es el caso de aquel que ve un fuego en la pradera y lo incrementa echándole combustible o, aunque es discutible, el pasajero que le proporciona licor al conductor ebrio, e incrementa su grado alcohólico.

e. Disminución del riesgo

En este caso el agente obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor[42]. Por ello, falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima y, por tanto, mejora la situación del objeto de la acción.

Así, por ejemplo, el sujeto que ve que una piedra va a impactar en la cabeza de otro, pero no puede desviarla completamente y solo consigue que la piedra le impacte en otro lugar en que el golpe sea menos peligroso.

f. Exclusión de la realización del riesgo no permitido

En estos casos, se excluye la imputación si falta la realización del peligro; es decir, se produjo el riesgo no permitido, pero el resultado no fue causado por dicho riesgo. Así, no solo se requiere la imputación de la conducta, sino también la imputación del resultado, pues no es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios, sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellos[43].

Ello debido a que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por ello, es posible negar la imputación cuando, aun siendo la conducta causa de un resultado determinado, este resultado es producto de otro riesgo.

---

42 Bacigalupo, *Principios del derecho penal. Parte general,* cit., p. 190.

43 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte general,* Ara, Lima, 2003, p. 447.

EJEMPLO

Una persona es herida de bala en una pelea, por lo que una ambulancia acude en su rescate y posterior traslado al hospital, ya en este centro, debido a un corto circuito, las instalaciones se incendian y la persona muere producto del incendio. ¿El disparo ha incrementado el riesgo de muerte en incendio?

En los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. La imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido.

Así, el resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad, se requiere una relación de riesgo entre la conducta y el resultado.

g. Alcance del tipo

En este caso se indica que el fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (no el fin de protección del tipo) no abarca la concreta forma de protección del resultado.

Se debe verificar la pertenencia del resultado a la esfera de protección de la norma: "fin de protección de la norma típica". Aquí debe quedar claro que además de que el resultado se haya realizado por el peligro no permitido, se requiere que el alcance del tipo comprenda la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido, se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (esto es, la prohibición de matar,

lesionar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales resultados.

IV. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA O NORMATIVA DESDE EL FUNCIONALISMO DE JAKOBS

Muy por el contrario, a la posición funcionalista moderada, el profesor Jakobs desarrolla un sistema de imputación penal basado en la finalidad que él otorga al derecho penal; así, desde su visión, el derecho penal no está dirigido a proteger bienes jurídicos, ya que cuando el derecho penal pretende intervenir estos ya han sido lesionados, o en otros casos no se requiere una efectiva lesión al bien jurídico y, sin embargo, el derecho penal actúa (por ejemplo, los delitos de peligro abstracto). Es en esta lógica que otorga al derecho penal la finalidad de mantener la vigencia de la norma.

Como habíamos mencionado líneas atrás, Welzel, al intentar replantear los fundamentos causalistas, profesa dos premisas: el entender que la acción tiene en sí misma una finalidad determinada y, por otro lado, el concepto de "adecuación social"; Jakobs, como alumno suyo, parte de construir su sistema dogmático a partir del segundo concepto, es así como se puede apreciar en este autor una visión siempre orientada a una finalidad social, de ahí que la base de su sistema se encuentre en las "competencias" que tiene cada persona.

La teoría de Jakobs es una teoría general que se ocupa de la "determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable"[44] o, como él mismo lo ha denominado, una "teoría del

44 Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,* 2ª ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, 7/4, quien no limita su utilidad dogmática a los problemas de la Parte Especial (7/4b, nota 2b).

significado del comportamiento"[45], para convertirse decididamente en una teoría general de la conducta típica[46].

Esta posición de atribución de competencias o "roles", desarrollada por el profesor Günther Jakobs, puede empezar a explicarse a través del siguiente ejemplo:



EL PECADO ORIGINAL

Después de creado el ser humano y promulgada la primera norma: "mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás" (Génesis 2: 16-17), esta fue inmediatamente quebrantada.

Cuando se pidió explicaciones, Adán declaró a modo de defensa: "la mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí". Esta fue una narración de lo que había sucedido y desde la perspectiva de Adán, todo lo acontecido tenía apariencia inocua, puesto que quien inició el proceso fue una persona responsable: "Eva", y esta había sido una persona entregada por Dios mismo, por tanto, Dios debía aceptar la realidad de la que había surgido el hecho como su propia realidad. Naciendo así, las siguientes incógnitas:

- ¿Estaría obligado Adán de ocuparse él, de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable, que además fue puesta a su lado por la propia mano de Dios?
- ¿Regiría en este contexto un principio de confianza que exonera o atenúa la responsabilidad, bajo el argumento de que lo que una persona responsable sugiere, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que el contacto con dicha persona es grato ante los ojos de quien promulgó la norma?

Como bien enseña la Biblia, sobre este hecho Dios no reconoce un principio de confianza, y por el contrario decide que cada uno de los intervinientes debía responder por este hecho; es más, Eva no pudo evadir su responsabilidad, excusándose en aquella serpiente, y se tuvo como resultado la responsabilidad de todos.

---

45 JAKOBS, Günther, "La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma" (trad. Sánchez Vera y Gómez-Jara Díez), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación,* Ara, Lima, 2007, p. 238.

46 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general,* Grijley, Lima, 2006, p. 321, n.m. 699.

Sobre este punto, el profesor Jakobs reflexiona: "merece la pena pensar acerca de si todo el mundo ha de tomar en cuenta todas las consecuencias de todo contacto social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que conllevan consecuencias que pueden interpretarse en un contexto más restringido, excluyendo las consecuencias de dichos contactos".[47]

Por ello, la imputación objetiva, desde la visión funcionalista, se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo. Se busca además evitar ingresar al ámbito subjetivo para desenmarañar la voluntad del agente, procurando realizar una imputación a través de varios filtros normativos para evitar arbitrariedades.

Conforme lo señala Luis Medina Frisancho[48], lo que busca la imputación objetiva a través de sus diversos filtros normativos es interpretar un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo; no se puede entender la naturaleza delictiva o no de la conducta sin ver el reproche social de la misma, sin tener en cuenta la defraudación o no de las expectativas sociales. La conducta imputable solo puede ser obra de la persona en Derecho[49], esto es, aquella que se desarrolla e interacciona en base a un papel concreto en la sociedad, al rol que se le asignó dicha persona dentro de la sociedad.

---

47 Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 14.

48 Medina Frisancho, Luis, "La imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal", en *Gaceta Penal y Procesal Penal,* T. 14, Lima, 2010.

49 Caro John, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* Grijley, Lima, 2003, p. 26.

1. El desarrollo de las competencias en el funcionalismo radical

El sistema funcionalista de Jakobs se encuentra desarrollado en base a las denominadas "competencias" o atribución de "roles". Al ser este el fundamento de su sistema, es importante desarrollar los tipos de competencias existentes, ello siempre en el razonamiento de que "no todos somos competentes por todo".

a. Las competencias por organización

Bajo este concepto, toda persona es libre de organizarse en la forma en la que mejor convenga a su desarrollo, ello siempre en el marco de respeto a su individualidad y libertad personal, sin embargo, de esa autoorganización derivan deberes; así, por ejemplo, en primer lugar, nace el deber de autoprotección, es decir, el deber de no autoponerse en riesgo o, mejor dicho, "protégete a ti mismo"; seguido a ello se encuentra "el deber de no lesionar a otros", es decir, que de la autoorganización realizada no deriven actos lesivos. A esta premisa se denomina "rol general de ciudadano".

En este razonamiento se les atribuye a todos los ciudadanos el deber negativo de evitar organizaciones de su propia esfera que afecten a otras personas[50]. Por ello, al haberse establecido previamente que "no todos somos competentes por todo", la persona solo responde en la medida de su propia organización. En caso de una infracción a su competencia, surgen los "delitos de dominio".

b. Las competencias institucionales

De manera paralela al rol general del ciudadano derivado de su competencia por organización, surgen los denominados "roles especia-

50 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Jurista, Lima, 2012, p. 363.

les", aquellas competencias donde la persona se vincula con otras esferas de organización, o mejor dicho, se interrelaciona en sociedad con determinadas instituciones como, por ejemplo, la familia (el padre mantiene un deber especial en cuanto a sus hijos) o el estado (el funcionario público tiene posición de garante en cuando a los bienes puesto a su cargo). El incumplimiento de este deber especial derivado de competencias institucionales implica la comisión de "delitos de infracción de deber".

Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico-penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva.[51]

Aquí queremos hacer énfasis en una de las afirmaciones más polémicas del planteamiento de Jakobs: "la diferencia entre acción y omisión es irrelevante". Esta premisa se encuentra fundamentada en las competencias desarrolladas líneas atrás, así una persona será imputada de un resultado siempre y cuando este resultado sea consecuencia de un incumplimiento de deber. A manera de ejemplo: si un policía al apreciar que se está llevando a cabo un secuestro no hace nada para impedirlo, este podrá ser procesado por dicho delito. En nuestro sistema penal, este tipo de imputación no resulta ilusoria, teniendo en cuenta el artículo 13 del Código Penal de 1991, que reconoce la imputación a título de omisión impropia o comisión por omisión, es decir, una imputación a aquella persona que mantiene una posición de "garante".

51 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 367.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Concepto de la prohibición de regreso. El rol social

Sumilla. La prohibición de regreso implica que no se puede responsabilizar a una persona por un ilícito que causó o favoreció en su comisión mediante un comportamiento gestado como parte de su rol social (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar de que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo.

(R. N. 1645-2018-Santa, del 09-01-2019. Sala Penal Transitoria)

2. El rol de la persona en la sociedad

El funcionalismo radical parte de la idea de que la persona es autorresponsable a partir de la posición social que esta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar determinado papel en la sociedad[52]. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan solo de una parcela muy limitada, que le tocó administrar. A esta parcela limitada es lo que se denomina "rol social". Dicho rol social es determinado por la norma, pues la norma crea los roles; sin embargo, la persona en ejercicio de su libertad elige qué rol a desempeñar, así, si aceptó ser policía o decidió conducir un vehículo está sujeta a los roles sociales (normativos), fijados para dichas actividades.

No todos en la sociedad desempeñan los mismos roles, de hecho, que unos tienen más roles que otros, unos son padres de familia, esposos,

52 De ahí que Günther Jakobs *(Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* trad. de CancioMeliá y Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, pp. 50 ss.) se refiera a que este papel de persona en sociedad no es sino una "máscara" que porta cada sujeto en un interrelación con los demás; mientras que su discípulo Miguel Polaino Orts ("Imputación objetiva: esencia y significado", en Kindhäuser/Polaino Orts/Corcino Barrueta, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal,* Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.) recurra al símil de "una etiqueta en la solapa" para caracterizar al rol social.

vecinos, conductores de auto, médicos, etc. Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el que está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas.

Por ello se afirma que los roles sociales desempeñados por cada persona en concretos espacios de interacción (taxista, padre, policía, juez, profesor, médico, etc.) definen la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social[53]. Una persona únicamente responde en virtud al cumplimiento o incumplimiento del rol social que eligió y le asignó la sociedad, pues tiene la posibilidad de autoorganizarse en libertad, dentro del parámetro que le imponen sus roles sociales. A nadie se le pide más que el cumplimiento de su rol. No se debe confundir la ética con el derecho, una conducta puede ser moralmente despreciable, sin embargo, no tener relevancia penal.

A manera de ejemplo: "un cardiólogo, después de muchos años de trabajo y consecuente ahorro, decide salir de vacaciones con toda su familia a una paradisíaca playa mexicana; sin embargo, en el vuelo a su glorioso destino, uno de los pasajeros sufre un ataque al corazón, empero el médico hace caso omiso al pedido de ayuda de la aeromoza.

Como se puede ver, el comportamiento del cirujano desde el punto de vista moral puede ser altamente reprochable, sin embargo, una imputación jurídica solo podría ser realizada en base al deber mínimo de solidaridad, así como al resto de pasajeros, pero de ahí, a la imputación de la muerte del pasajero, existe un camino imposible de recorrer, ello en función al rol que desempeñaba el cirujano en el momento de abordar el vuelo; obviamente, en dicho momento solo cumplía el papel de un pasajero más, es decir, no se encontraba en el

53 Cfr. Polaino Orts, "Imputación objetiva: esencia y significado", cit., pp. 19 ss.

rol de un cirujano que tiene por obligación la salvaguarda de la vida de su paciente.

Esto resulta lógico en la medida en que dicha posición social configura un ámbito de libertad de organización que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular de dicho ámbito, qué es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer; esto es, concretamente, define las "expectativas sociales de comportamiento" que habrá de cumplir conforme al papel que le corresponde desarrollar en la sociedad[54].

Todos en la sociedad se manejan cumpliendo roles y también esperan que los demás cumplen sus roles; parten de esa confianza para coexistir. No se podría coexistir pacíficamente sino a través del cumplimiento de roles. Una sociedad se desarrolla y desenvuelve sobre la base del cumplimiento de los roles que las personas tienen; de lo contrario, sería imposible coexistir, pues no habría confianza para hacer nada, pues todo podría ser rol de todos y, en tal sentido, todos podrían ser responsables por todo.

A manera de ejemplo: "un peatón, que ve una luz roja, no cruza la calle, sin embargo, cuando ve luz verde lo hace; esto porque existe un respeto al rol de peatón y además porque también existe la confianza en que los demás, o sea los conductores de los vehículos que transitan por la avenida, también respeten su rol. De cumplir solo el peatón su rol y no los conductores quienes no respetarían la luz roja, de hecho, el peatón terminaría muerto".

Si alguien en el ejemplo incumple su rol ello puede generar un accidente con muerte. Y son precisamente estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente.

---

54 Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., pp. 28 s.

La norma es la que fija los roles en la sociedad, por ende, el individuo al respetar y cumplir su rol cumple también la norma. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que aquel tiene lugar sean inescindibles[55].

El Derecho penal cumple una función de protección y restablecimiento de la vigencia de la norma cuando es incumplida; la norma es lo más importante, pues fija roles generales y especiales en la sociedad, siendo el cumplimiento de los mismos una expectativa social.

En tal virtud, la importancia del rol radica no solo en su capacidad para identificar a cada persona en el mundo social, sino también en su utilidad social para exteriorizar y dar a conocer a los demás a qué está o no obligada ella en los múltiples contactos que establezca[56]; o lo que es lo mismo, determina las incumbencias, lo que le compete jurídicamente realizar o no, de acuerdo a su posición social.

De esta noción básica nace la conocida frase "no todo es asunto de todos", acuñada hace casi dos décadas por Jakobs[57], y que comporta la idea, también fundamental para el sistema de imputación jurídico-penal, de la separación de ámbitos de responsabilidad. En efecto, no

---

55 En palabras de Jakobs *(Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* cit., pp. 21 s.): "la solución de un problema social a través del derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al derecho penal de la sociedad (...)".

56 Como lo señala Polaino Orts ("Imputación objetiva: esencia y significado", cit., p. 22), "el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás sepan a qué atenerse".

57 Como lo explica Günther Jakobs ("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 Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal,* trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997, p. 211): "La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía (...)".

se puede esperar de un taxista que sepa qué actividades realizará en su destino el pasajero que transporta, ni tampoco se puede esperar que un médico obligue violentamente a su paciente consciente y responsable a quedarse en el hospital.

En tal sentido, la sociedad recriminará a la persona su conducta a través de un juicio de imputación, cuando se aleja del rol y como tal defraude las expectativas que se derivan de su posición social[58]. Sin embargo, cumplir un rol social, le servirá a la persona, también de escudo que lo protegerá de imputaciones, pues nunca se le podrá imputar nada a un individuo que se limitó a cumplir su rol.

Por ello, a cada ámbito de organización le corresponde todo un conjunto de derechos y obligaciones a los que indefectiblemente están sujetos los ciudadanos en tanto ejerzan y pretendan ejercer dicho papel. Este es el contenido material del rol social y el que, como se viene sosteniendo, delimita las esferas de responsabilidad perteneciente a cada ciudadano[59]. Aunque, por lo demás, ciertas objeciones provenientes de algunos sectores doctrinales se hayan dejado oír ale-

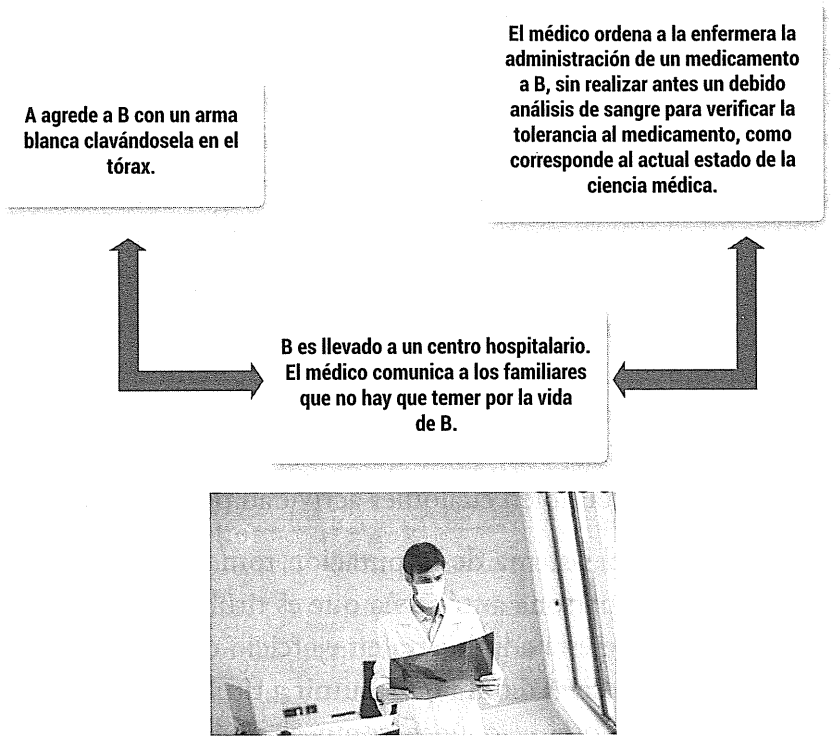
---

58 Este quebrantamiento del rol constituye para JAKOBS *(Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 54 s.) "el requisito mínimo de una defraudación".

59 Es por ello que se predica una doble faz del rol, uno de carácter formal y otro de carácter material. El formal lo constituye la posición concreta ocupada por la persona en el conglomerado social, la "máscara" o "etiqueta" a las que se hizo alusión con anterioridad. El aspecto material, como se acaba de mencionar en el texto, se refiere precisamente a ese haz de expectativas sociales que se vinculan en una determinada sociedad al comportamiento de los portadores de roles. Cfr. con mayor detalle al respecto, POLAINO ORTS, "Imputación objetiva: esencia y significado", cit., pp. 22 ss. A partir de esta consideración, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, "Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal", en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs,* II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 43, nota 3, extrae la diferencia entre rol y posición. La posición es el lugar que ocupa el sujeto en la red de interrelaciones sociales (v. gr. músico, marido, profesor, etc.), mientras que el rol es el conjunto de expectativas asociadas a esa posición.

gando la falta de claridad e inclusive arbitrariedad en la definición de los roles sociales[60], es claro que en nuestros países no están delimitados con claridad los roles sociales, pues si bien no cabe duda de que los alcances conceptuales y consecuencias teóricas que se desprenden de la noción del rol sientan las bases necesarias para un sistema de imputación que pretenda fijar como punto de partida la existencia de personas autorresponsables a las que les corresponde esferas de competencia individuales, también resulta importante trabajar en la delimitación clara de los roles, lo cual tendrá que ser construido de manera prioritaria, debiendo abocarse los esfuerzos de los Estados en dicha tarea. Sin perjuicio de ello, es siempre posible recurrir a los estatutos, manuales de organización y funciones, reglamentos de organización y funciones, protocolos, guías de actuación, manuales de procedimientos, estatutos, etc.; asimismo, a las normas que regulan el desempeño de una profesión y finalmente, aunque es harto discutible, a la costumbre. Así, por ejemplo:

60 Cfr., solo a título de ejemplo, las consideraciones abiertamente críticas de Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal,* Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 142 ss., 144 ss., quien no hesita al sostener que criterios normativos como el "rol" o "injusto" no son más que "conceptos formalizados faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad", al punto de afirmar que "en ellos todo cabe" (p. 144). Vid. también las críticas de Santiago Mir Puig ("Sociedad, norma y persona en Jakobs", en *Derecho Penal Contemporáneo,* N.º 2, enero-marzo, Bogotá, 2003, pp. 130 ss., no ya centradas en conceptos concretos, sino desde una perspectiva más general acerca de la concepción dogmática de Jakobs.



Del caso, y en función a lo analizado hasta aquí, es preciso señalar en quién recae la competencia por la muerte del paciente. Así se colige que es el médico el encargado del análisis de sangre para verificar la tolerancia al medicamente, hecho en el que la enfermera no tiene un ápice de competencia, por ello a quien se le imputa la muerte del paciente será el médico, quien es el que posee el deber especial por su posición de "garante".

3. La autodeterminación personal, dentro de los roles y la posibilidad de elegirlos

Para el sistema de imputación normativa (normativismo, también llamado funcionalismo), resulta medular tomar como punto de par-

tida la administración autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad[61].

Las personas en ejercicio de su libertad para elegir, administran, organizan su comportamiento de acuerdo a los roles sociales que le son asignados por la norma; el cumplimiento de los mismos constituye su única limitación. Además, debe quedar claro que gran parte de los roles que tiene cada persona no le son impuestos, pues se tuvo la oportunidad de elegir qué roles desempeñar, pues únicamente es padre, médico, policía, etc., quien quiere serlo, existiendo además la libertad de realizar también cualquier actividad o deporte riesgoso.

Por consiguiente, el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que esta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación[62]. Esto no es sino lo que se conoce como el sinalagma "libertad de actuación / responsabilidad por las consecuencias".[63]

La posición social, vale decir el rol que tiene la persona, entonces, se erige en un factor normativo con una doble función. Por un lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad,

---

61 Vid. Cancio Meliá, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 66 s.

62 Feijoo Sánchez, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal,* Grijley, Lima, 2002, p. 284: "El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad".

63 Cfr. desde la perspectiva de los deberes institucionales, Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 29/58; también, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 38, 40 ss. y pássim.

sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas[64] no siendo posible que se le realice imputación alguna, cuando lo que hizo fue cumplir su rol. Por otro lado, establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social, se defrauda a la sociedad, poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación[65]. Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social.

Por ello, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización. El rol es y será el límite de responsabilidad.

Dentro del marco de la lógica y la dialéctica, queda claro que aquel que incumple su rol social, comunica de manera indirecta a la sociedad, dicha conducta, planteando de manera indirecta a todos que es posible hacerlo. Ello implica una negación al cumplimiento de los roles creados por las normas. Es en dichas circunstancias, ante dicha negación, que ingresa el derecho penal y realiza una segunda negación; niega la conducta infractora del rol y le hace una imputación que termina en una pena. Con ello, el derecho penal también comunica que cuando se incumple la norma, existe una sanción. Es un tema de desincentivación de conductas y de protección de la vigencia de la norma. Pasa por la negación de la negación, para llegar a una afirmación.

64 Cfr. Polaino Orts, "Imputación objetiva: esencia y significado", cit., pp. 38 s.

65 Por ello es que esa defraudación constituye en Jakobs *(Sociedad, norma y persona,* cit., p. 18) una comunicación defectuosa del autor del hecho ante la sociedad.

FUNCIONALISMO – NORMATIVISMO		
ACCIÓN: "Causación del resultado individualmente evitable" (Causación imputable - antijuricidad y culpabilidad)		
TIPO DE INJUSTO	**JUSTIFICACIÓN**	**CULPABILIDAD**
Conjunto de elementos que definen un comportamiento (tipo).	Comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado socialmente soportable solo en consideración a su contexto	Es infidelidad al derecho (de acuerdo a la prevención general).
Imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, supuestos de concurrencia de riesgos)..	Fundamento de las causas de justificación (teoría pluralista): principio de responsabilidad, principio de definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención y el principio de solidaridad.	Tipo total de culpabilidad: un tipo positivo de culpabilidad (inimputabilidad, conciencia de lo ilícito y especiales elementos de la culpabilidad) y un tipo negativo de culpabilidad (inexigibilidad).
Tipo subjetivo (dolo cognitivo).	Elementos subjetivos y normativos de la justificación.	

Cabe resumir la función dogmática de la imputación objetiva como la determinación del carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si esta altera gravemente el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado por denominar, incluso ya desde Welzel, como una expresión (típica) de sentido[66]. Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales, esto es, como un sistema cuyos contenidos "designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social"[67].

66 Que en clave funcionalista ha de ser comprendido como la contradicción de la norma como modelo vigente de orientación de los contactos sociales. Cfr. JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción" (trad. Cancio Meliá), en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal,* trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez González, Civitas, Madrid, 1997, p. 113, poniendo de manifiesto cómo ya Welzel realizó los "trabajos preparatorios" de la moderna teoría de la imputación objetiva con la noción 'ciertamente de corte normativo' de la adecuación social.

67 Vid. MÜSSIG, Bernd, "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos*

Ello guarda plena coherencia con la misión social del Derecho penal de asegurar determinadas expectativas de conducta que resultan esenciales para el mantenimiento de la identidad de la sociedad; en tal virtud, la solución de los problemas que se le presentan al Derecho penal (que son también, evidentemente, sociales) "tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad"[68]. De ahí la capacidad que tiene esta construcción dogmática para determinar el injusto penal, ya que solo aquella persona que comunica socialmente a través de su actuación una negación de la norma puede interesarle al Derecho penal, en tanto sistema también social[69].

En tal sentido, en caso concurriesen varios riesgos alternativos, solo podrá considerarse como explicación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado[70], pues es perfectamente posible, y ciertamente frecuente, que en la producción de un resultado concurran diversos riesgos atribuibles a diversas personas (las lesiones o muerte de quien cruza descuidadamente la calle y es atropellado, pueden explicarse también por la imprudencia del conductor). En síntesis, solo aquella conducta que aparezca como el factor causal determinante del resultado será el que permita

---

y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007, p. 251: "y con ello, también caracterizan a la atribución jurídico-penal de vulneraciones del ordenamiento jurídico".

68 Jakobs, *Sociedad, norma y persona,* cit., pp. 21 s.

69 En palabras de Müssig ("Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", cit., p. 254), la imputación objetiva es un proceso social global conforme al cual puede demostrarse la existencia de "un plano constitutivamente común de Derecho y sociedad".

70 Cfr. Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/4b ss., 7/72 ss. Vid. asimismo la exposición analítica realizada por Peñaranda Ramos, Enrique / Suárez González, Carlos / Cancio Meliá, Manuel, *Un nuevo sistema de derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* Grijley, Lima, 1998, pp. 86 ss., 94 s.; y Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., p. 71.

explicarlo en clave de imputación objetiva y, por tanto, el que revista relevancia jurídico- penal[71].

Esta bipartición de los niveles de imputación objetiva, propia del esquema aquí adoptado, obedece a dos raíces distintas. Por un lado, pretende determinar si la conducta realizada por el presunto autor se corresponde con la hipótesis prevista por el tipo penal, lo cual es inherente a la finalidad del Derecho penal de garantizar normativamente las expectativas sociales de conducta de los ciudadanos[72]. Y esto es así dado que es en el primer nivel de imputación, la del comportamiento, donde se establece antes que nada si el suceso enjuiciado comporta un output lesivo, una arrogación de otras esferas jurídicas, esto es, si defrauda alguna expectativa garantizada jurídico-penalmente invadiendo ámbitos de organización ajenos.

Y, por otro lado, en el terreno de los delitos de resultado, se presupone ya la existencia de un comportamiento típico, por lo que aquí se trata de comprobar si el resultado lesivo, conectado en un plano causal con la conducta típica, puede reconducirse normativamente a esta última. Solo así podrá afirmarse, a la vez, la tipicidad del resultado en cuestión[73].

V. LOS FILTROS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: LA TEORÍA DEL RIESGO, EL PRINCIPIO DE CONFIANZA, LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

Jakobs pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de Roxin y sus discípulos[74], funcionalizando todos los conceptos ju-

71 Cfr. Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/72; Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., p. 131.

72 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/4b.

73 Cfr. Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., pp. 97 s.

74 Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus Roxin, en Alemania, a

rídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva[75].

Como para Jakobs la sociedad se constituye mediante normas (las mismas que vendrán a conformar su base misma), el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán estos, que sin la misma serían simples animales.

En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por Jakobs no solo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas Luhmann.

Para Luhmann, el Derecho es un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculado a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento. En este sentido, Jakobs parte del mismo presupuesto que Luhmann; para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal[76].

Schünemann, Rudolphi, Amelung, Wolter y Achenbach.

75 En la pretensión formulada por Jakobs de que el ordenamiento jurídico penal está orientado a garantizar la identidad normativa y la propia constitución de la sociedad, se evidencia un marcado alineamiento de este autor con el pensamiento funcionalista, superador de las concepciones que se habían centrado en el individuo, en el marco del pensamiento racionalista moderno.

76 Luhmann parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la so-

Estas instituciones conforman un verdadero sistema caracterizado fundamentalmente por dos rasgos inherentes a la construcción dogmática en sí misma[77]. Por una parte, no han de ser comprendidos de forma aislada o asistemática, sino como partes de un todo esquemático de imputación que permite afirmar la tipicidad de una determinada conducta. En consecuencia, han de ser apreciados como escalones sucesivos de análisis que se hallan ordenados, no de forma arbitraria o aleatoria, sino progresiva y sistemáticamente; más exactamente, establecidas de modo secuencial en una clasificación que se inicia a partir de lo más genérico hasta llegar a lo más específico.

Como corolario de esta caracterización, resulta evidente que en cada institución dogmática se van introduciendo paulatinamente cada vez más datos pertenecientes al contexto que rodea el comportamiento concreto analizado.

Habida cuenta que la virtualidad dogmática de cada una de estas instituciones es la de establecer el carácter defraudatorio de expectativas normativas, y con ello la tipicidad de la conducta, si es que al final del análisis sistemático a realizarse de la mano de los criterios normativos

---

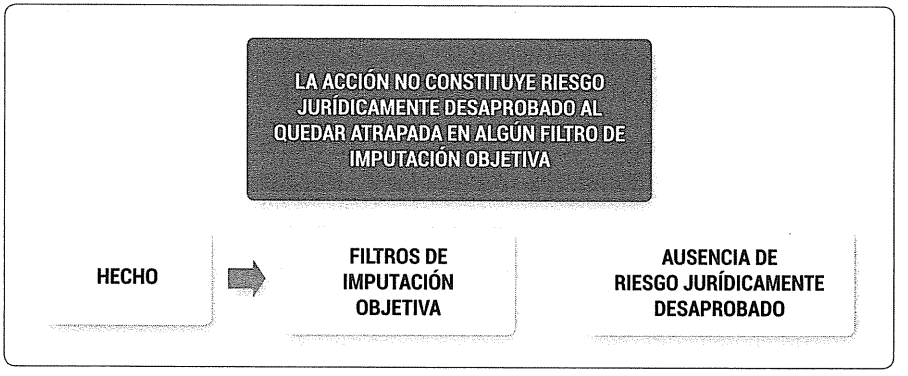
ciedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último conllevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de Jakobs y el funcionalismo valorativo de Roxin: mientras Jakobs —en base a la teoría social de Luhmann— se centra en la estructura formal del sistema social, Roxin penetra en el contenido de valores del sistema mismo. Para Jakobs y su Escuela, la preocupación por el contenido material de las normas penales no es tanto una labor de la ciencia del derecho penal como cometido específico del ámbito político-criminal. Así, como señala K.H. Vehling *(Die Abgrenzung von Vorbereitungund Versuch,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1991, p. 109), a quien corresponde determinar valorativamente lo necesario para la estabilización del orden social es al legislador, y no al dogmático penal.

77 Cfr. en lo que sigue, Cancio Meliá, Manuel, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en Peña Cabrera Freyre / Montes Flores / Sánchez Mercado (coord.), *Libro Homenaje al profesor Peña Cabrera,* I, Ara, Lima, 2006, p. 146.

en mención ninguno de ellos encuentra cabida, deberá afirmarse finalmente la tipicidad del comportamiento enjuiciado.

Todo ello resulta congruente con los fines que persigue el propio Derecho penal, pues no cabe duda de que los principios de la imputación objetiva surgen de la finalidad de garantizar expectativas normativas de comportamiento[78].

Por lo tanto, el resultado dañoso solamente se le puede imputar objetivamente a una persona si la acción por ella realizada no queda atrapada por ninguno de los filtros de imputación objetiva y, consecuentemente, puede ser calificada como un riesgo jurídicamente desaprobado.



1. El riesgo permitido

En principio, para la existencia de imputación objetiva es necesario que cree un riesgo jurídicamente prohibido, y de ahí se deducirá su relevancia penal ergo existen riesgos que no suponen por sí mismos responsabilidad penal por estar socialmente permitidos. Así pues, cualquier contacto social entraña un riesgo. Una sociedad sin riesgos

78 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* Ara, Lima, 2004, p. 266.

es tan solo una utopía, pero jamás una realidad; el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado como riesgo permitido; es así que el riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción[79].

Ahora bien, resulta insuficiente el solo hecho de afirmar que no existe imputación objetiva en conductas permitidas, pues resulta casi una verdad de Perogrullo; antes bien, es menester que se debe entender como riesgo prohibido o no permitido.

Así las cosas, deja de ser permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibido ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o multa administrativa. Desde luego existen ámbitos de la vida en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto estándar de seguridad por otras vías, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en estos, como sucede en el ámbito médico. Incluso, en aquellos en los que no hay reglas establecidas, ya sea por el Derecho o por otros elencos normativos, lo relevante es el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo que ciertamente constituye una determinación de límites imprecisos[80]. *Ergo,* la creación de un riesgo prohibido supone *prima facie* el quebrantamiento del rol de una persona y una defraudación con las expectativas sociales y una infidelidad con el Derecho.

Se dice que nos encontramos en una sociedad de riesgo. Los riesgos permitidos son considerados, en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva, como un instituto dogmático liberador de

79 Jakobs, Günter. *La imputación objetiva en derecho penal.* Grijley, Lima, 2001, 24 pp.

80 Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 64.

la responsabilidad penal. En concreto, permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo[81].

En atención a ello, la importancia de esta categoría dogmática ha venido siendo sostenida, desde diversas perspectivas, y con algunos matices, como medular para la teoría de la imputación objetiva[82], aunque ciertamente no ha estado exenta de críticas o cuestionamientos[83].

---

81 Aunque, dada la compleja evolución dogmática de la que ha sido objeto, su ubicación sistemática ha sido muy variable; su desarrollo ha tenido lugar no solo en sede de tipicidad, sino también a nivel de antijuricidad e inclusive en la culpabilidad. Cfr. al respecto, MARAVER GÓMEZ, "Riesgo permitido por legitimación histórica", en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs,* II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 214 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 100 ss.

82 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal,* cit., pp. 26 ss., 41 ss.; JAKOBS, Günther, "La imputación objetiva", en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal,* trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997, pp. 213 ss.; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/35 ss., 7/39 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, pp. 11/39, 11/45 ss.; ROXIN, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en *Problemas básicos del derecho penal,* trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 130 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/ de la Gándara Vallejo/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995, pp. 95 ss., considerándola fundamental para la existencia de una conducta típica.

83 Así, por ejemplo, MAIWALD, Manfred, *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del derecho penal,* trad. de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 ss., 14 ss., cuestiona al riesgo permitido como categoría autónoma excluyente de la tipicidad o antijuricidad, pues en su opinión se trataría de un concepto formal que "se agota en la referencia al carácter de "estar permitidas" de determinadas acciones riesgosas" (pp. 13-14). No obstante su alegada carencia de contenido material, el autor prefiere no renunciar a la figura dada la función sistemática que cumple al agrupar supuestos de conductas peligrosas en los que se excluye (únicamente) el disvalor de acción.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA

Riesgo permitido, riesgo no permitido, principio de confianza, prohibición de regreso

Sexto. 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 [JAKOBS, Günther, Ob. Cit. p. 42. 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 [Ibídem, p. 20. Conceptualiza al rol como un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables] normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal (reglamentación no expresa, v.g., Ley de protección al consumidor, reglas de tránsito - reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado - lex artis, en la construcción, en la actividad médica, etc.). Se concluye que la creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. 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 éste filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, de los actos ilícitos de terceros. Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario; es decir, quien asume con otro vínculo que 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), éste filtro excluye la imputación objetiva

del comportamiento [Ibídem, p. 30] pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol. 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, Ob. cit. p. 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.

(Expediente 142-06, de 02-04-2007. Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima)

Se trata de entender que en toda interacción social existen riesgos, por más cotidiana o inofensiva que esta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a ella[84] o a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual. En suma, "no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción"[85].

Bajo el rótulo de riesgo permitido se agrupan dos bloques de supuestos[86]: por una parte, casos en que una determinada actividad riesgosa es jurídico-penalmente permitida en atención a ciertas circunstancias,

84 JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal,* cit., pp. 41 s.

85 BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general,* cit., [2004], p. 265.

86 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., pp. 99 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva,* cit., pp. 117 ss., 121.

ya sea en virtud de una positivización o reglamentación expresa (como sucede en el tráfico diario, el ámbito industrial, competiciones deportivas, juegos autorizados de apuestas, etc.), ya sea en ausencia de dicha reglamentación (los clásicos deberes de cuidado traducidos en la *lex artis*, por ejemplo, en la práctica médica). Por otra parte, se encuentran aquellas conductas que, aunque generadoras de riesgos, se hallan caracterizadas por su evidente normalidad social (conductas con insignificancia jurídico-social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior, como el doctrinalmente conocido caso del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta o que le aconseja viajar en un avión en el que luego perece tras un accidente aéreo)[87].

La determinación de los alcances del riesgo permitido es una tarea bastante complicada en ámbitos no positivizados o reglamentados en los que sus contornos se muestran, sin duda, mucho más laxos o difusos que en otros ámbitos. No obstante, la legitimación de los riesgos inmanentes a algunas actividades sociales viene dada en virtud de las valoraciones y características que definen a una sociedad concreta en un determinado contexto histórico. En los países de nuestra región, este es un problema bastante frecuente y es lo que se argumenta para pretender quitarle vigencia al normativismo penal, pues se dice frecuentemente que, al no tenerse un alto grado de normativización, no puede edificarse un sistema basado en el cumplimiento de roles sociales creados por las normas.

Sin embargo, no se debe de omitir mirar a lo que se conoce como riesgo permitido por legitimación histórica[88], el cual se manifiesta

87 Retomando el clásico ejemplo propuesto originariamente por Hans Welzel *(El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista,* trad. de Cerezo Mir, reimpresión, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2002, p. 86), en su formulación dogmática sobre el criterio de adecuación social.

88 Planteada en estos términos por Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/36: "Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente (...), y por ello se aceptan como socialmente adecuadas". Elemental a

en contactos sociales tan cotidianos como el tráfico rodado, fiestas tradicionales populares, medidas de seguridad en el trabajo, etc.; o tan necesarios como la práctica médica y las relaciones económicas. Todas ellas, pues, tienen el común denominador de hallarse toleradas por ser inherentes a la propia evolución e identidad sociales. Esto quiere decir que es la sociedad la que se encarga de reconocer progresivamente tales riesgos como estereotipados en un determinado contexto normal de interacción. Vale decir, la sociedad —como consecuencia del constante desarrollo evolutivo del que inexorablemente es objeto— es la que decide configurarse a sí misma, estableciendo la identidad y legitimación de cada ámbito social parcial[89].

Por ello, el Derecho penal no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad ni a los riesgos que definen su propia configuración; por el contrario, ha de garantizar esta identidad normativa si pretende que las expectativas que se generen tengan lugar en un contexto de armonía entre Derecho y sociedad, y no de desorden[90].

En ese sentido, aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará

---

este respecto es el trabajo de Maraver Gómez, "Riesgo permitido por legitimación histórica", cit., pp. 209 ss.

89 Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., pp. 44 s.; Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general,* cit., [2004], p. 267.

90 Jakobs, Günther, "Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.º 1, Lima, 2000, p. 129: "Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes. En tal derecho penal la configuración externa... se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo –que ya no se corresponde más con la Sociedad–...".

un "riesgo jurídicamente relevante"[91], "jurídicamente desaprobado"[92] o "típicamente relevante"[93]. De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado no tanto por el Derecho como por la propia configuración de la sociedad[94], en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman.

Es no poca la jurisprudencia desarrollada en torno al riesgo permitido. En la ejecutoria suprema se señala que aquel que actúa dentro de los márgenes de su rol social actúa dentro del riesgo permitido y, a contrario sensu, sólo apartándose del rol social impuesto se estaría actuando dentro del riesgo no permitido o prohibido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(...) [T]oda persona desempeña una posición jurídica en la sociedad, esta posición delimita un ámbito de competencia atribuido a la persona por el ordenamiento jurídico, de tal manera que al momento de analizar la relevancia o irrelevancia penal de la conducta, sólo tiene que comprobarse si, en el contexto social concreto, la persona obró conforme a su ámbito de competencia, al que también se le denomina **"rol social"** cuyo contenido está dado por un conjunto de derechos y deberes que porta la persona en un estatus o posición jurídica concreta dentro de la sociedad (...). Siendo esto así, el rol social se erige como un concepto fundamental de la imputación jurídico penal (...) la imputación objetiva adquiere sentido como quebrantamiento o desviación de un rol social: la conducta de una persona es objetivamente imputable cuando en un contexto social concreto quebranta los límites de un rol social (...) por ello únicamente se puede imputar el quebrantamiento de un deber que, en el contexto

91 Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Tomas, *Tratado de derecho penal. Parte general,* 5ª ed., Comares, Granada, 2002, § 28 IV. 1.

92 Cfr. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, cit., pp. 106 y ss.

93 Que es la expresión por la que opta Mir Puig, a fin de evitar confusiones con aquellas permisiones que provienen de las causas de justificación.

94 Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., p. 45.

social concreto, formaba parte de la esfera de competencia del actuante, es decir, únicamente puede ser el **objeto de la imputación jurídico penal el quebrantamiento o la inobservancia de los deberes inherentes del rol del agente (...)** (negrita añadida).

(R. N. N.º 1010-2009-Lima, de 06-08-2009, F.J. 5, Primera Sala Penal Transitoria).

En otro momento la Corte Suprema señaló, en torno a la imputación objetiva y su relación con el riesgo prohibido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.

La teoría de la **imputación objetiva** procura determinar la causalidad jurídica, mediante una serie de criterios normativos, entendiéndose que un resultado o hecho típicamente relevante sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él, ***el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor***; o dicho de otro modo, para la Teoría de la Imputación Objetiva, un resultado debe imputarse al autor *si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido*, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal (negrita añadida).

(Casación N.º 311-2012-Ica, de 03-10-2013, FJ 3.4. Sala Penal Permanente).

Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican; pero si el individuo rebase más allá de ese riesgo, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo.

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

El **riesgo socialmente aceptado y permitido** que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción.

(Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de agosto de 1998, Exp. N.º 8653-97)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. Al existir un resultado lesivo de un bien jurídico que no ha sido producido por la intervención humana, sino que ha sobrevenido un **hecho fortuito** atribuible solamente a la leyes que rigen la causalidad, no puede sostenerse que la conducta de los agentes haya estado precedida por un dolo eventual, mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo y culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría violar el principio de culpabilidad.

(Recurso de Nulidad N.º 6239-97 Ejecutoria Suprema de fecha 13 de abril de 1998).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3. Tanto la materialización del delito como la responsabilidad penal del procesado se encuentran debidamente acreditadas, pues además de la verificación del nexo causal existente, se tiene que el resultado le es imputable objetivamente, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción del deber del cuidado incurrida por el acusado, lo que

finalmente significó un **incremento del riesgo permitido** materializado en el resultado.

(Expediente N.° 5032-97. Sentencia de fecha 2 de noviembre de 1998).

◇◇◇

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

6. **Aumento del riesgo permitido.** El inculpado ha infringido el deber de cuidado, al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del momento y lugar, máxime si como conductor de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente que la velocidad máxima para circular en zonas escolares es de treinta kilómetros por hora y no de cuarenta como manifiesta haber estado trasladando su unidad móvil, transgrediendo lo señalado por el artículo 59 del Reglamento General de Tránsito de la República; que, teniendo en cuenta el considerando precedente se advierte que el inculpado con su accionar ha contribuido a la realización del evento culposo, ya que si no hubiera infringido su deber de cuidado, este resultado no se hubiera efectuado; por cuanto como consecuencia del riesgo creado por el procesado ha contribuido a que produzca el resultado.

(Expediente N.º 798-98. Ejecutoria suprema de fecha 16 de junio de 1998).

2. Riesgo insignificante

Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación.

EJEMPLO

El que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo.

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La actitud de la procesada de haber dado un nombre distinto al real, quien tiene derecho a mentir en la creencia de resguardarse de la acción punitiva del Estado, **no ha causado perjuicio a nadie**, por lo que debe ser absuelta en este extremo.

(Ejecutoria Superior del 21 de abril de 1998, Exp. N.º 7945-97).

3. El principio de confianza

El principio de confianza, explica Jakobs[95], significa que se autoriza o se acepta que la persona confíe en el comportamiento correcto de los otros dentro del desarrollo de una actividad riesgosa socialmente aceptada, que se ejecuta de forma colectiva u organizada, como son los procesos médicos, por ejemplo.

Jakobs, luego de resaltar que la persona vive en sociedad a través de roles, afirma que la imputación objetiva, concretamente el principio de confianza, no es sino la constatación de quién es garante; no todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto, como ya hemos explicado, rige tanto para la comisión como para la omisión"[96].

Jakobs explica que el principio de confianza "otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona; el principio de confianza posibilita la división del trabajo mediante un reparto de responsabilidades"[97].

Por su parte, Roxin[98] establece la aplicación del principio de confianza a aquellas actividades riesgosas socialmente admitidas que se rigen por la regla de la división del trabajo.

Este principio resulta útil en los casos en que se realiza una actividad en la que se presenta una distribución de roles entre varias personas. Es en este caso en el que se verifica con mayor claridad el principio de confianza, pues en estas circunstancias las personas realizan sus roles y se limitan a ellos, actuando en la confianza de que las demás personas también cumplirán con su rol.

---

95 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 254.

96 Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., p. 211.

97 Jakobs, *Estudios de derecho penal,* cit., p. 219.

98 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general,* traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 1005.

El maestro argentino y miembro del Tribunal Supremo Penal español, Enrique Bacigalupo, señala que, de acuerdo al principio de confianza, no se imputarán objetivamente los resultados producidos a quien ha obrado, confiando en que los otros actuarán también dentro del ámbito del riesgo jurídicamente permitido[99].

El principio de confianza, resulta necesario para la interrelación social de las personas, y si el Derecho penal pretende facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, resulta congruente erigirla como un eje normativo en el sistema de imputación.

El autor colombiano Yesid Reyes Alvarado igualmente refiere que el comentado filtro de imputación objetiva opera en los ámbitos en el que resulta aplicable la regla de la división del trabajo: "dentro de cada empresa las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas; cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas y puede, por ende, confiar en que sus demás compañeros cumplirán asimismo con las labores inherentes a sus cargos; incluso las labores de vigilancia o supervisión de la forma como se adelantan los trabajos suelen estar expresamente asignadas a determinadas personas, puesto que una empresa no podrá funcionar si todos tuvieran que estar encargados de vigilar las actividades de los demás..."[100].

Reyes Alvarado señala como fundamento de la imputación objetiva y, por ende, del principio de confianza, al principio de la autorresponsabilidad, "de acuerdo con el cual cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por la de los demás"[101].

---

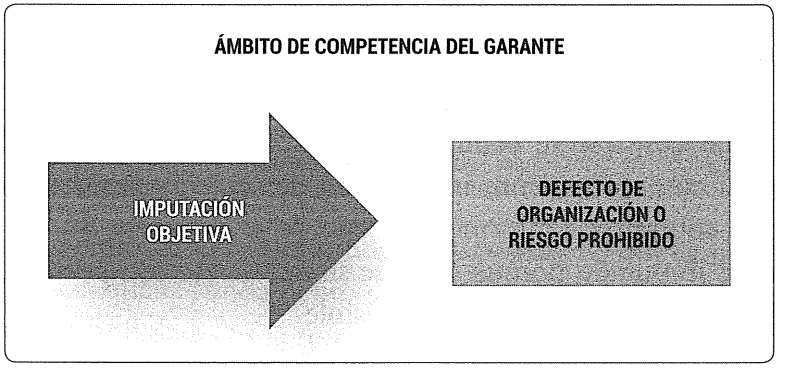
99 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 276.

100 Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., p. 153.

101 Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., p. 50.

En la teoría de la imputación, interesa la confianza de carácter *social*, esto es, aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas[102]. El ejemplo clásico viene dado en el ámbito del tráfico viario[103] —donde inicialmente surgió este criterio—, cuando el conductor que atraviesa un cruce en luz verde, confía en que los conductores de la vía perpendicular se detendrán ante la señal de *stop*. Se trata, por consiguiente, de una confianza en sentido normativo, en tanto comporta una permisión jurídica para confiar en terceros[104].

Es importante resaltar que es en el ámbito de competencia del garante en el que se tiene que verificar un riesgo prohibido o un defecto de organización para imputar objetivamente al autor la afectación al bien jurídico.



El filtro de imputación objetiva, el principio de confianza, tiene como fundamento la regla general que solamente se responde por

102 Polaino Orts, "Imputación objetiva: esencia y significado", cit., p. 57.

103 Sobre el principio de confianza en este ámbito: Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, pp. 24/21 ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* cit., pp. 151 ss.

104 Así, expresamente, Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/51.

conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia de la persona; no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros[105].

Feijoo Sánchez afirma que el principio de confianza constituye un principio general del Derecho y tiene gran utilidad como criterio de imputación objetiva[106]. Este autor explica que el principio de confianza parte de una visión de los otros como individuos autorresponsables y racionales con una motivación respetuosa con el Derecho y tiene especial relevancia en la tipicidad de la conducta con relación al comportamiento de terceras personas (es decir, cuando se puede imputar a una persona lo que ha hecho otro)[107].

El autor español Enrique Anarte Borrallo señala como fundamento del principio de confianza la vigencia del principio de responsabilidad por los propios riesgos; igualmente reconoce que su aplicación afecta la tipicidad, pues "quien actúe amparado por el principio de confianza verá excluida su responsabilidad penal"[108].

El autor español Juan Ignacio Piña Rochefort expresa que, por el principio de confianza, "quien se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro. En otros términos, quien se comporta conforme a lo que de él se espera —rol—, no puede ser imputado porque otros se sirvan de ese comportamiento, aunque dicha utilización fuera previsible"[109].

---

105 López Díaz, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 118.

106 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 290.

107 Loc. cit.

108 Anarte Borrallo, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal,* Universidad de Huelva, Huelva, 2002, p. 298.

109 Piña Rochefort, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación,* J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 379 y 380.

En la teoría de la imputación objetiva, como ya se señaló, el autor siempre es garante, se trate de delito de comisión o de omisión, doloso o culposo. El principio de confianza limita adecuadamente el deber de garantía. Así, por ejemplo, a pesar de que la persona sea director o editor en un medio de prensa, no responde por el riesgo al bien jurídico honor producido por un reportero, porque en aplicación del principio de confianza no se le puede imputar objetivamente[110].

El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que la persona que actúa dentro del ámbito del riesgo permitido u organiza adecuadamente su ámbito de competencia, no tiene el deber de considerar en su actuar que se le pueda imputar la supuesta conducta antijurídica de un tercero que pertenece a la organización del medio de prensa[111].

Feijoo, con sobrada razón, afirma claramente que los deberes de garante tienen límites, siendo uno de ellos el principio de confianza; recalca que el fundamento de la exclusión de tipicidad, en este caso, es por el principio de autorresponsabilidad del que se desprende la regla: "nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero", salvo expresas y concretas excepciones[112].

La autora colombiana Claudia López Díaz sostiene que la principal consecuencia que el fundamento del principio de confianza sea el de autorresponsabilidad, "es la que en el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita su propia conducta, y solo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno orienta su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos, pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo

110 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 291.

111 Loc. cit.

112 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 295.

comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente solo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno"[113].

Feijoo admite que el principio de confianza se aplica en aquellas actividades que se caracterizan por tener ámbitos de organización y responsabilidad, siendo un claro ejemplo las empresas periodísticas[114].

En igual sentido, Anarte Borrallo destaca cómo va aumentando el sector de la doctrina penal que pone de relieve la necesidad de utilizar el principio de confianza "en ámbitos delimitados por el principio de la división del trabajo o, si se prefiere, de trabajo en equipo, sobre todo en ámbitos de decisión empresarial"[115].

Feijoo es enfático al destacar que el principio de confianza tiene especial utilización en las actividades socialmente riesgosas en que se realizan repartos de funciones en beneficio del desarrollo de las mismas: el transporte, las comunicaciones, la construcción, la medicina, que en una sociedad de masas hoy se realizan principalmente mediante empresas. El principio de confianza permite organizar las empresas para realizar las actividades socialmente riesgosas sin el temor u obstáculo que se tenga que responder por hechos defectuosos ajenos[116].

López Díaz destaca dentro de uno de los ámbitos de aplicación del principio de confianza al trabajo en equipo, en toda actividad en la que sea indispensable una distribución del trabajo; "no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores. Él puede esperar que cada uno de ellos cumplirá con la función asignada; en

113 López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva,* cit., p. 118.

114 López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva,* cit., p. 298.

115 Anarte Borrallo, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 299 y 300.

116 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 301.

consecuencia, no infringe el riesgo permitido quien no toma medidas de precaución especiales, para el caso que otro quebrante los deberes propios de su estatus"[117].

Percy García Cavero, uno de los más destacados funcionalistas peruanos, destaca la importancia de trabajar con el principio de confianza en el ámbito de las organizaciones empresariales; para que estas funcionen es necesaria la "confianza frente a la licitud de la conducta de terceros"[118].

Sin embargo, dentro de este principio es importante diferenciar dos supuestos de aplicación, es decir hay que reconocer si se trata de una división horizontal del trabajo o de una división vertical del trabajo[119].

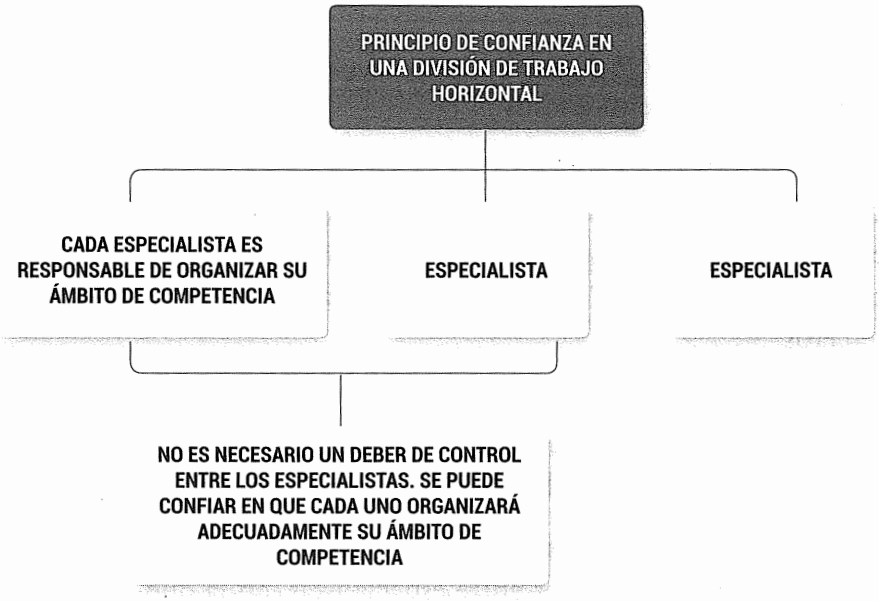
En el caso de una división horizontal del trabajo, en la que el reparto de roles o competencias es entre especialistas, en la que cada uno se ocupa de su ámbito especializado; el principio de confianza permite actuar, organizar el propio ámbito de competencia creyendo que cada especialista cumplirá su rol; no es necesario control; por ejemplo, el cirujano y el anestesiólogo[120].

117 López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva,* cit., pp. 120 y 121.

118 García Cavero, *Derecho penal económico. Parte general,* cit., 2012, p. 424.

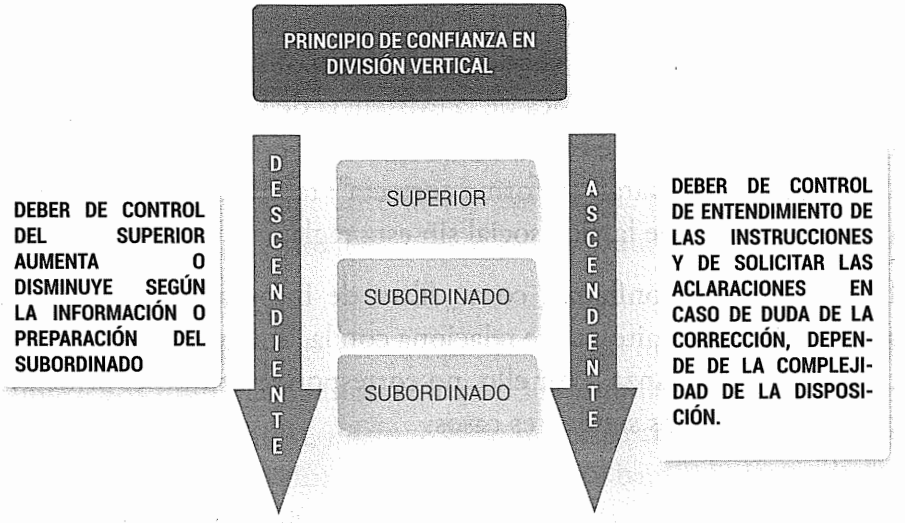
119 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 304 y ss.

120 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 304 y 305.



En el caso de una división vertical del trabajo, en la que el reparto de roles es entre superiores y subordinados, el principio de confianza permite asumir al superior que sus instrucciones serán seguidas y al subordinado que son correctas; sin embargo, hay un deber de control cuya intensidad varía de la relación ascendente a la descendente. A menor nivel de preparación o información del subordinado el deber del superior aumenta y en caso de mayor nivel del subordinado disminuye. Adicionalmente, cabe señalar que los subordinados no son personas irresponsables, tienen que asegurarse de entender las instrucciones y según la complejidad de las mismas, pedir aclaraciones, ampliaciones y explicaciones en caso de duda de su corrección.[121]

121 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 306 y 307.



Es así que la justicia penal peruana, en la doctrina judicial que viene elaborando sobre la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, aplica como uno de los filtros (criterios) de imputación objetiva, al principio de confianza para la exclusión de la tipicidad del hecho.

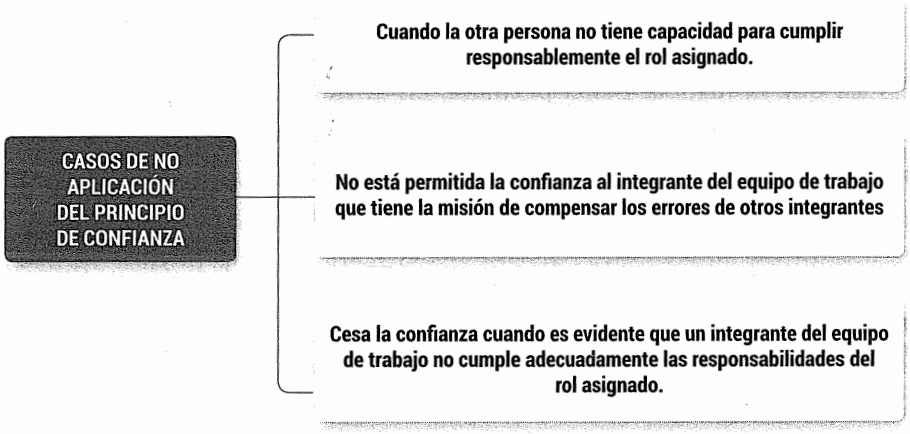
En este contexto, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en los recursos de nulidad N.º s 608-2004-Ucayali y 552-2004-Puno, ha determinado la atipicidad de hecho atribuido como tráfico ilícito de drogas porque el transportista puede confiar en la licitud de la carga que solicita transportar el cliente y porque la arrendadora puede confiar en el uso lícito de la habitación por el arrendatario[122].

La misma Segunda Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N.º 538-2004 estableció la atipicidad de la conducta respecto del tipo penal de defraudación de rentas de aduanas agravado porque como agente de aduanas solamente se limitó a despachar el reintegro

122 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República: Sentencia del 24 de noviembre del 2004 expedida en el Recurso de Nulidad 608-2004 y Sentencia del 25 de noviembre del 2004 expedida en el Recurso de Nulidad N.º 552-2004-Puno.

de los impuestos, de acuerdo a la documentación que le presentó el comitente, debidamente visada por los funcionarios de aduanas que hicieron la verificación física de la existencia de la mercadería importada[123]. El principio de confianza "implica la permisión de confiar en que los demás actuarán en forma correcta"; tal justificación reside en la imposibilidad de la vida social sin esta regla.

El principio de confianza, como filtro de imputación objetiva, se aplica como un límite que se relaciona con la "responsabilidad del receptor de la confianza". Por ello, no corresponde utilizar el principio de confianza en los siguientes casos:



Esta precisión resulta trascendental para comprender su verdadero significado y alcances, y no concebirlo erróneamente como una forma de permisión para que las personas sean indiferentes o actúen displicentemente confiando en el cuidado de otros. Como lo expresara ya Stratenwerth, "[q]uien crea una situación oscura o peligrosa no

123 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República: Sentencia del 13 de diciembre del 2004 expedida en el Recurso de Nulidad N.º 538-2004.

puede abandonarse a que otros compensarán este peligro incrementando el cuidado"[124].

Y es que aquí se pone de manifiesto una vez más el fundamento de este criterio de imputación, que no es sino la autorresponsabilidad, pues cada uno es competente de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otro los neutralizará y que se hará responsable de ellos[125].

Por ejemplo, si el jefe de un equipo de obreros que labora en la vía pública no cumple con proporcionarles a estos uniformes u otros instrumentos de seguridad, infringe ya su deber de cuidado y no puede esperar que no se produzcan accidentes de trabajo o lesiones de los peatones que transitan cerca de la obra, con total independencia de si los obreros se comporten, a su vez, imprudentemente.

Entonces, esta confianza socio-normativa, que se manifiesta idealmente de forma generalizada, es sobre la que se desarrolla la sociedad y, con ella, los diversos contactos entre sus miembros; es por esto que el ámbito en que tiene aplicación el principio de confianza lo constituyen aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo[126]. Esta característica es inherente a las actividades sociales de nuestros tiempos, en los que es ya infrecuente la intervención en solitario de un único actor.

---

124 Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. de la 4ª ed. a cargo de Cancio Meliá y Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 15/69.

125 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 310 ss.

126 Polaino Orts, "Imputación objetiva: esencia y significado", cit., p. 57. Sobre ello, con profundidad, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 303 ss., con amplias referencias.

Los complejos contactos anónimos propios de la sociedad moderna se basan en una división funcional, en la que cada interviniente tiene que desarrollar una determinada tarea, de cara a cumplir determinados fines comunes. Si el Derecho penal pretende hacer posible tales fines, no se puede exigir a cada persona que ejerza un absoluto control sobre los deberes de cada uno de sus cointervinientes. Este reparto de incumbencias, entonces, es necesario para garantizar las expectativas normativas de conducta de todos los actores[127]. Ejemplos cotidianos de ello lo representan los equipos médico-quirúrgicos que realizan complejas operaciones, grupos de técnicos encargados del mantenimiento de maquinarias pesadas o aeroplanos, la fabricación de artefactos en división de trabajo, etc.)[128].

Una regla básica de valoración en supuestos de reparto vertical de trabajo viene dada por la preparación de quien recibe órdenes. De este modo, cuanto menores sean la experiencia y preparación del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, por lo que, en esa misma medida, menor será el alcance del principio de confianza[129]. No será lo mismo, entonces, encomendar una determinada tarea a una enfermera recién iniciada profesionalmente que, a un médico experimentado, aun cuando ambos ocupen posiciones subordinadas.

Siendo así, solo cabría dejar en claro que, contrariamente a lo que se pensó en su origen de corte jurisprudencial, el principio de confianza no ve limitado su alcance dogmático al ámbito del tráfico diario. Lo expuesto en líneas anteriores ya debe haber dejado entrever que el principio de confianza despliega sus efectos en todos los contextos de

127 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/53: "... sería imposible una división de trabajo eficaz (...), si cada uno debiera controlar todo lo controlable".

128 Cfr. al respecto, Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/53; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 297.

129 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 305 ss.

interacción en que confluyen deberes plurales de actuación[130]. En tal sentido, este principio conforma asimismo una garantía normativa del ciudadano que se comporta correctamente dentro de los límites de su posición social, en la medida en que no podrá atribuirse responsabilidad penal a quien confió de forma socialmente

Sobre la ubicación sistemática de este principio en el marco de la teoría de la imputación objetiva no existe unanimidad doctrinaria. A este respecto, es posible advertir cuando menos tres posiciones. La primera defiende, si bien en ocasiones de un modo relativo, la autonomía sistemática del principio, de modo tal que se le asigna una ubicación propia en el sistema de imputación[131]. La segunda le niega tal autonomía y lo concibe como un criterio dogmático de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo[132]. Finalmente, la tercera línea de opinión, con total prescindencia de la

130 En tal sentido, Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., p. 105. De hecho, para García Cavero *(Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 372), el principio de confianza frente a terceros se exige de modo especialmente determinante en las organizaciones empresariales.

131 Si se indica que esta postura tiene un carácter "relativo" es en razón de que en no pocas ocasiones se concibe en parte al principio de confianza como una derivación o especie del riesgo permitido. Así, por ejemplo, Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 7/51, lo entiende como un "supuesto particular" no solo del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso; también, en ese sentido, Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general* I, cit., [2005], 15/65 ss. Por su parte, Feijoo Sánchez, Imputación objetiva en derecho penal, cit., pp. 293 ss., 298 ss. y 329 ss., opta más decididamente por conceder autonomía al principio de confianza en relación a los demás institutos de la imputación objetiva, en razón, principalmente, de su diverso fundamento; sin embargo, también lo considera como un criterio para "determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas". Y entre nosotros, según lo entiendo, García Cavero (*Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 370) parece decantarse por esta línea al resaltar una diferencia de especificidad entre el principio de confianza y el riesgo permitido: "Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas".

132 Así, Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, pp. 24-22, opinión a la que califica de absolutamente dominante (nota 29).

cuestión referida a su autonomía, rechaza su naturaleza jurídica en tanto componente de una teoría general de la imputación, y la considera como un criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes[133].

Más allá de estas controversias sistemáticas, ha de llamarse la atención sobre la principal restricción de esta proyección dogmática de la imputación objetiva: el ordenamiento jurídico solo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existan motivos objetivos y fundados para suponer lo contrario[134].

Quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que quienes participan con él van a actuar correctamente, conforme a las reglas preexistentes.

EJEMPLO

El conductor que cruza en luz verde espera que los demás respeten la luz roja.

El principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores; se autoriza a confiar en su comportamiento correcto. No se trata solamente que las personas, en

133 Cfr. por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., § 55 I. 3., quienes lo conciben como una regla de origen consuetudinario propio del ámbito del tráfico viario.

134 La doctrina se ha referido a tales motivos como "indicios". Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1997, T. I, pp. 24/21 ss.; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general* I, cit., [2005], 15/66; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 104. Por su parte, según lo afirma FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 313, estos motivos han de ser objetivos, sólidos y concluyentes, por lo que no basta con una simple intuición o presagio.

acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles[135].

La vida en sociedad supone interacción entre las personas que la componen y supone cierta creencia primigenia de que el actuar del otro será conforme a derecho. En efecto, no se puede suponer que todo aquel con el que realice un trabajo u obra habrá de delinquir o que en ciertas circunstancias pudiese ocurrir un delito.

El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho de ellos. Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas[136].

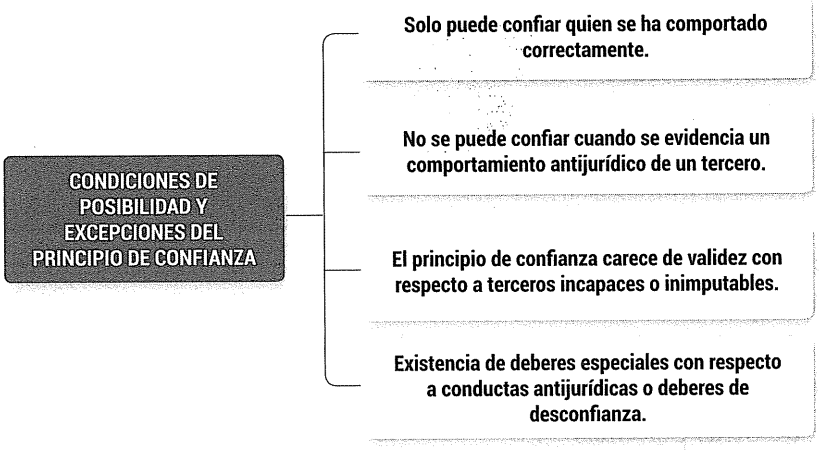
EJEMPLO

- El caso del médico cirujano que realiza una operación con un bisturí que no haya sido esterilizado (el encargado de realizar la esterilización era la enfermera) y el paciente muere por sepsis generalizada derivada de ese hecho. En este caso es de aplicación el principio de confianza pues el médico puede afirmar legítimamente que confiaba en que la enfermera cumpliera su parte del trabajo.
- Otro ejemplo lo podemos encontrar cuando un productor de determinados bienes que necesitan mantenerse refrigerados no responderá por el carácter nocivo del producto si la empresa distribuidora no observa, de manera dolosa o culposa, las reglas especiales de transporte y convierte el producto en peligroso para la salud de los consumidores. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida. En estos casos solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo la necesidad de cumplir con ciertas condiciones especiales en la transportación, lo cual, por otra parte, no será necesario

135 Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 253.

136 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 419.

en caso de productos que evidentemente requieren de tales condiciones (por ejemplo, el transporte refrigerado de productos marítimos o lácteos).



- **Condiciones de posibilidad y excepciones del principio de confianza**

Ahora bien, corresponde analizar cuáles son las condiciones de posibilidad o de aplicación y, a contrario, cuáles son los supuestos de inaplicación o excepciones del principio de confianza, a saber, podemos distinguir las siguientes

i) Solo puede confiar quien se ha comportado correctamente

Desde sus orígenes —parafraseando a Maraver Gómez—, el principio de confianza establece que el sujeto que se comporta correctamente puede confiar en que los demás también se comporten correctamente, salvo que otra cosa se desprenda de las circunstancias del caso concreto. De acuerdo con esta formulación, la primera de las limitaciones o excepciones con las que cuenta la posibilidad de confiar se deriva de la exigencia de que el sujeto que quiere hacer uso de esta posibilidad se comporte a su vez correctamente.

ii) No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero

Sobre este punto, según señala Feijoo Sánchez, "se puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas, a no ser que se disponga de evidencias de la existencia de un comportamiento contrario a Derecho. De aquí se deriva la excepción general al principio de confianza cuando existan *motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona".*

iii) El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables

El principio de confianza es válido frente a personas imputables (incluyendo imputables restringidos), pero no frente a *inimputables.* En el caso de inimputables no existe una expectativa jurídicamente garantizada de que respeten las normas de conducta.

iv) Existencia de deberes especiales con respecto a conductas antijurídicas o deberes de desconfianza

Según refiere Feijoo Sánchez, "en algunos casos el principio de confianza se ve desvirtuado por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado con conductas antijurídicas o deberes de desconfianza".

Es así que —parafraseando al precitado autor— un sector de la doctrina suele denominar estos deberes especiales con respecto a terceras personas como deberes secundarios con el objeto de distinguirlos de los normales deberes de cuidado (primarios), partiendo de la existencia de un ámbito de responsabilidad directo o primario y, en algunos casos excepcionales, de un ámbito de responsabilidad indirecto o secundario que afecta el comportamiento de terceras personas.

Este principio de *desconfianza* es importante en los casos de división vertical del trabajo. A saber, aquellos supuestos en los cuales el superior o superiores tengan deberes especiales de vigilancia y control.

EJEMPLO

- En las relaciones jerarquizadas, el superior podría tener deberes especiales de selección, información, etc.
- De otro lado, otro ejemplo citado por Feijoo Sánchez, las personas que tienen el deber de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respeten escrupulosamente las normas, y con base en ello, infringir sus deberes de inspección.

• ¿Principio de confianza en instituciones públicas jerarquizadas?

Ahora bien, lo hasta aquí dicho no brinda carta libre para alegar en cualquier momento y en cualquier situación el principio de confianza, como lamentablemente en algunos casos se ha utilizado.

EJEMPLO

En estructuras jerarquizadas como las municipalidades, u otras instituciones públicas, el Alcalde o Jefe de la institución delega facultades sobre diversos ámbitos a fin de eludir responsabilidad penal frente a algún posible delito contra la administración pública.

Ahora bien, ¿es posible delegar funciones a fin de tener un escudo protector frente a los delitos que desde la cúspide del poder planea realizar? Naturalmente no, la eximente autogenerada es igual a la ausencia de eximente. El principio de confianza está pensado para que las relaciones anónimas y la división de trabajo en un mundo tecnificado sean posibles. No está pensado para que un Gobernador, Alcalde u otro Jefe de una institución jerarquizada desde el pináculo del poder tenga un manto de impunidad absoluto por el solo hecho de haber delegado una función. Respecto de lo delegado y sus inferiores obra un deber especial de supervisión que genera un decaimiento del principio de confianza, o *deberes de desconfianza* dado el mandato legal de supervisión que tienen los jefes de las instituciones estatales.

- **¿Principio de confianza por vínculos familiares?**

Se ha puesto en debate en nuestros tribunales (Casación N.º 1307-2019-Nacional. Caso López Melgarejo de Costa) la posibilidad de existencia del principio de confianza por relaciones conyugales, esto es, se alega que existió "confianza" por el hecho de ser esposos y en virtud de ello se recibió activos presuntamente ilícitos por la "confianza" conyugal. Discrepamos con esta desnaturalización del principio de confianza, pues la confianza (a la que refiere este principio de exclusión de la imputación objetiva) aquí señalada responde a criterios normativos y su finalidad es la viabilidad de la interacción social en las relaciones anónimas. De ninguna manera es la confianza en sentido coloquial, psicológico o sentimental la que se manifiesta en la teoría de la imputación, sino la confianza de carácter social, esto es, aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas.

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado el instituto dogmático del principio de confianza. Nuestra Corte Suprema ha señalado que el principio de confianza es un filtro de la teoría de la imputación objetiva y lo ha diferenciado del riesgo permitido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. Que, 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 aboquemos 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; la inaplicación —principal— de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, los actos ilícitos de terceros. **Sexto.** (...) [L]os acusados actuaron en virtud del **principio de confianza, filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito** (...); (...) los encausados se limitaron a desarrollar sus funciones conforme a los parámetros de su rol, autorizando el pago de los servicios adquiridos, recepcionando previamente los informes remitidos por los otros funcionarios, frente a los cuales se tenía presunción de veracidad y confianza, en consecuencia, no se le puede imputar objetivamente el delito de peculado, más aún, si no se ha acreditado que aquellos tuvieran conocimiento de las irregularidades advertidas.

(R. N. N.º 3855-2007-Lima, de 15-05-2009. Primera Sala Penal Transitoria).

Otro pronunciamiento de nuestra Corte Suprema es, en torno al principio de confianza vertical y su decaimiento (y no aplicación) en estructuras estatales (municipios) en los que opera el deber de supervisión y posibilidad de cognoscibilidad del actuar de sus inmediatos inferiores:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. Que el delito de colusión se perpetró en el marco de una organización pública -Municipalidad de Catacaos- donde prima la división de trabajo, la existencia de cadenas de delegación y roles o competencias determinadas —organigrama de competencias— a los funcionarios o servidores públicos (deberes institucionales). En el caso del máximo dirigente institucional —el Alcalde—, se entiende que, como tal, ostenta funciones de control de riesgos, en especial de vigilancia y supervisión de la actuación, por lo menos de los funcionarios públicos de más alto nivel, quienes, como es obvio le rendían cuentas. **Sétimo.** (...) En tal virtud no es de recibo el **Principio de Confianza**. Su deber de garantía, como consecuencia de su cargo rector, se afirma contundentemente.

(Casación N.º 1546-2019-Piura, de 15-05-2009. Sala Penal Permanente).

Otro y quizá el más paradigmático en torno a este principio y su relación con el ejercicio de la medicina es el caso del *Matinol de la muerte*. Los hechos en este caso son los siguientes: Una niña de dos años es lle-

vada al hospital porque presentaba vómitos constantes cuando ingería sus alimentos. Posteriormente, esta es atendida por el médico, quien diagnosticó "enfermedad diarreica aguda con deshidratación moderada" y ordenó que se aplique un tratamiento con solución "Polielectrolítica" y emitió la receta correspondiente. Después de ello la química farmacéutica por error entregó un frasco de "Matinol" (el mismo que era una sustancia contraindicada para la paciente pues incrementan el volumen de la orina, afecta a los riñones y produce una pérdida de sales y agua del organismo). Luego, la enfermera, sin corroborar que la medicina sea la correcta, aplicó el Matinol a la paciente, luego de unas horas la paciente murió. La fiscalía le imputó homicidio culposo al médico, a la química farmacéutica y a la enfermera.

Sobre este caso, la Corte Suprema condenó a la médica farmacéutica y a la enfermera pues consideró que ambas habían incrementado el riesgo por haber infringido las normas de cuidado que su condición imponía; sin embargo, respecto de la responsabilidad del médico la Suprema señaló lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Décimo primero. Que las declaraciones anotadas evidencian que la conducta de la acusada, médico Téllez Cordero, no generó o creo algún riesgo penalmente relevante, pues actuó de forma correcta de acuerdo con la situación en la medida que examinó de forma integral a la agraviada que llegó al área de emergencia, realizó las pruebas pertinentes y plasmó el diagnóstico correcto, por lo que su comportamiento no tiene ninguna relación o injerencia con el origen del riesgo; que además no tenía el deber de contar con comportamientos antijurídicos de terceros —de las acusadas Amanzo López y Solazar Bueno— y confió válidamente en los deberes de control, vigilancia o cuidado de sus coimputadas —base del **principio de confianza**, sobre todo en supuestos de reparto de funciones propias de un equipo médico que trabaja en distintos niveles con una relación jerarquizada vertical— (...).

(R. N. N.º 844-2009-Junín. 3 de marzo de 2010. Sala Penal Permanente).

Así también, en nuestra jurisprudencia, en otros pronunciamientos se ha utilizado este principio. Por ejemplo, respecto de quien no se extralimita de las funciones establecidas en el ROF de una Municipalidad, puede invocar válidamente el principio de confianza en el delito de peculado.

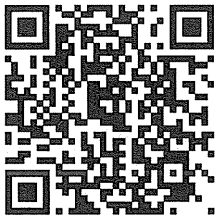


JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. Que, de la compulsa de los medios de prueba no se ha acreditado que los encausados hayan actuado no conforme a derecho, es decir, si bien causalmente participaron en el procedimiento de adquisición del reactivo químico RPR – NOSTICON ORGANON X quinientos TEST, esto es, consignando sus firmas en los documentos de orden de inicio de compra y en el cheque para el pago respectivo, sin embargo, **sus conductas fueron realizadas dentro de su rol**, porque **conforme a lo establecido en el artículo 42 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF)** de la Municipalidad Provincial de Huánuco – 2001, la función realizada por el encausado RS sólo se limitaba a la conducta de iniciar formalmente el procedimiento administrativo de adquisición del bien que se requería en aquella oportunidad, empero la función de verificar si se producía el pago por aquella compra o si el producto había sido entregado al almacén del Municipio no le correspondía como función propia.

(R. N. N.º 4631-2008-Huánuco, 26 de marzo de 2010. Sala Penal Transitoria).

Otro ejemplo —aunque discrepamos del criterio de la Corte Suprema, pues en este caso en concreto el principio de confianza fue mal aplicado— es el de la aplicación del principio de confianza respecto de la responsabilidad del Gobernador Regional. Así, en el "caso Oscorima", la Corte Suprema señaló:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

4.45. Una de las características principales del mundo contemporáneo, es la complejidad de las relaciones sociales; el ámbito de desarrollo de las personas día a día exige cada vez mayor especialización. A nivel de una empresa u organización pública o privada mayor será la complejidad dependiendo de su dimensión y su expansión; así, para que exista un correcto funcionamiento de la organización deberá existir división de funciones entre los miembros del organismo, para lograr un actuar conjunto en pos de la organización. (...) **4.47.** (...) La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. (...) **4.50.** (...) La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente General y los funcionarios que legalmente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del **principio de confianza**, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. (...)

(Casación N.° 23-2016-Ica. 16 de mayo de 2017. Sala Penal Permanente)

En este caso en concreto, la Corte Suprema falla absolviendo de los cargos por negociación incompatible al Gobernador Regional Oscorima; consideramos que el fallo y la fundamentación es de suyo errada, pues si bien el planteamiento teórico inicial del principio de confianza es aceptable, no obstante se omiten pronunciarse sobre los deberes de supervisión que tiene el Gobernador Regional sobre sus inmediatos subordinados, más aún si se precisa que existen elementos que harían decaer el principio de confianza y por tanto su inaplicación en el caso concreto, pues en este caso existían dos informes (de la OSCE y de la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas) en los cuales se daba cuenta de la no existencia de la situación de emergencia, *ergo*, era clara la ilegalidad del procedimiento de exoneración.

También tenemos un caso de aplicación del principio de confianza aplicado a la división del trabajo en el ámbito policial:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

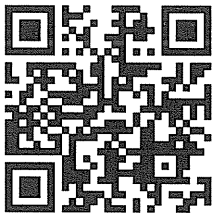
Sexto. Que, respecto de los encausados JFCT y CAV, efectivos policiales que efectuaron el Parte Policial [...] emitido por una autoridad pública, no obstante, su finalidad no es probar lo consignado, sino el objeto principal del parte policial es dejar constancia de una comunicación criminal, siendo el caso que la prueba de dicha comunicación criminal se realiza a través de los medios de prueba que se actúan en el proceso penal, mas no por sí sola; en ese sentido, carece dicha conducta del requisito exigido en el punto segundo del considerando tercero, razón por la que la conducta atribuida a estos encausados no configura el delito de falsedad ideológica, sino el delito de denuncia calumniosa previsto en el artículo 402 del Código Penal; por ello analizaremos -mediante valoración de los medios de prueba- si resulta conveniente declarar nula este extremo de la absolución para ampliar o adecuar la conducta al último delito mencionado.

[...] En este caso opera el **principio de confianza** —parte del instituto de la imputación objetiva—, 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; la inaplicación —principal— de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, los actos ilícitos de terceros.

Apreciamos que los encausados CT y AV, en su función de policías nacionales, consignaron el parte policial la denuncia realizada por el sentenciado RH —sin tener conocimiento o previo acuerdo— del hecho falso denunciado por éste, conforme lo ha referido RH en su instructiva de fojas 5120, siendo el caso que si bien no era parte de la función de los dos el recibir la denuncia, no obstante, ello no constituye prueba suficiente para demostrar el acuerdo entre ellos, sino una conducta irregular pasible de sanción en la vía administrativa.

(R. N. N.º 1449-2009-Lima, 18 de junio de 2010. Sala Penal Transitoria)

Asimismo, se ha establecido el principio de confianza como criterio que excluye la tipicidad en un delito tributario:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

4. En lo que se refiere al procesado, su labor como agente de aduanas solo se limitó a despachar el reintegro de los impuestos de acuerdo a la documentación que le presento el comitente siendo en todo caso la responsabilidad de este ultimo la adulteración de los documentos y demás trámites para la obtención del reintegro tributario y de los funcionarios de aduanas de verificar la existencia física de la mercadería importada, por lo que en todo caso también habría procedido dentro del riesgo permitido y **dentro de un ámbito de confianza** en el desarrollo de su conducta como agente de aduanas.

(R. N. N.º 538-2004-Callao, 13 de diciembre de 2004. Segunda Sala Penal Transitoria).

Otras sentencias importantes sobre este tema son las siguientes:

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

1. El encausado actuó de acuerdo al **principio de confianza,** filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. 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.

(Expediente N.º 142-06. Sentencia de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de fecha 2 de abril de 2007).



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. 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 solo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno.

(Recurso de Nulidad N.° 552-2004-Puno. Ejecutoria Suprema de fecha 25 de noviembre del 2004).

◇◇◇

4. La prohibición de regreso

Este principio permite que en las relaciones en sociedad no se sancione a una persona por un resultado que escapa de su competencia o control. Así, en virtud de este principio, se niega la relevancia penal al comportamiento imprudente —y también al comportamiento que es conforme al rol, estándar, neutro o estereotipado— que es aprovechado por un autor doloso, se descarta la tipicidad de los efectos lesivos de la conducta por no ser de competencia del sujeto[137].

El carácter conjunto del suceso no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo no quebranta su rol como ciudadano, aunque ese otro incordia dicho vínculo en una conducta prohibida. La prohibición de regreso excluye los comportamientos inocuos y estereotipados ante una posible participación delictiva, asimismo, excluye el favorecimiento imprudente en una conducta dolosa[138].

EJEMPLO

- Si un policía olvida su arma de reglamento y posteriormente esta es robada por su esposa y con dicha arma esta mata a su suegra, el policía no respondería penalmente por la muerte de la suegra.
- Si una persona le dice a su suegra que encontró un mapa del tesoro en el bosque con la finalidad que esta vaya y muera por un rayo en un día de sol, y la suegra va en busca del tesoro y en efecto muere a causa del rayo absolutamente improbable. Ese resultado no puede ser imputado al autor por más maldad o animadversión que (en el fuero interno) exista en el sujeto de querer ver desaparecida a su suegra.

137 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., p. 175.

138 Cancio Melía, *Imputación objetiva y dogmática penal,* Universidad de los Andes, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 98-99.

Nuestra jurisprudencia, asimismo, ha asumido la prohibición de regreso como criterio de exclusión de la imputación objetiva. Por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado que una conducta es atípica en virtud a la prohibición de regreso en un caso que se procesa a una persona que se encargaba de proveer alimentación a un grupo de personas que se encargaban de preparar droga:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[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.

(R. N. N.° 3078-2011-Puno de 14-09-2012. Sala Penal Permanente).

En otro momento, en el caso del "taxista" se determinó que es atípica la conducta de aquel que actúa conforme a su rol, y aunque otros hayan realizado conductas contrarias a derecho (el caso es uno de robo agravado en el cual los delincuentes contratan los servicios del taxista). El actuar del taxista no es relevante penalmente por operar la prohibición de regreso:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que, dicho esto, concluimos afirmando 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 puede ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia, en un supuesto de atipicidad.

(R. N. N.° 4166-99-Lima, de 07-03-2001. Sala Penal).

Asimismo, también se ha señalado que el transportista que simplemente realiza su rol y lleva a cabo una conducta neutra que no reúne el sentido de favorecimiento o incitación dolosa a un comportamiento delictivo, tampoco es responsable penalmente pues es de aplicación la prohibición de regreso como filtro de la imputación objetiva. A saber, en dicha ejecutoria se refirió:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario, por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado, es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aprovecha dicho vínculo en una organización no permitida, ese 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 (...).

(R. N. N.º 5315-2008-Puno de 03-05-2010, Sala Penal Transitoria).

En otra ejecutoria suprema se ha señalado también que se excluye la imputación objetiva del médico que asiste profesionalmente a terroristas. En efecto, en dicha ejecutoria se señaló:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que esta Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y –por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el asunto *De la Cruz Flores vs. Perú:* que dicha sentencia en el párrafo ciento dos estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico prestarlo; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su

profesión: que, por tanto, el acto médico constituye —**como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico**, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida en que esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar (...) (negrita añadida).

(R. N. N.° 1062-2004-Lima, de 22-12-2004. Sala Penal Permanente. *"Caso Luis Pollo Rivera"*).

Se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta a ciertos comportamientos que pueden haber sido causales, pero que se hallan fuera del interés del derecho penal.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta hubiera incurrido en el ilícito penal de tráfico ilícito de drogas, puesto que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado, quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando así está 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.

(R. N. N.° 608-2004-Ucayali, del 24 de noviembre del 2004, considerando primero).



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3. Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo [...]; que las funciones que

> realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían [...]; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.
>
> **(R. N. N.º 2270-2004-La Libertad, del 16 de setiembre del 2004. Sala Penal).**

Es tal vez el principio más importante porque refleja la esencia del funcionalismo de Jakobs, que sostiene que no es jurídico-socialmente congruente que el carácter delictivo de una actividad sea impuesto arbitraria y unilateralmente por el autor del hecho, aun cuando el posterior resultado lesivo producido se halle conectado causalmente con la aportación prestada por un tercero[139]: "quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida"[140].

El Derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas que, por tanto, carecen de sentido delictivo, aun cuando posteriormente otra persona anude a tales actos fines ilícitos o los emplee para realizar conductas no permitidas[141]. Según lo entiendo, una consi-

139 Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., p. 77.

140 Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., p. 30 (cursivas en el original).

141 Cfr. Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., pp. 30 ss.; García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, pp. 376 y s.

deración de esta naturaleza no es exclusiva, como se suele entender comúnmente, de un pensamiento funcional-normativista y, por el contrario, puede ya apreciarse, en su contenido material, en argumentaciones de origen metodológico diverso[142]. Ello se debe, una vez más, a que el Derecho penal, en tanto subsistema social, no puede ser ajeno a los rasgos expresivos y a las necesidades de la sociedad donde pretende regir, con independencia de la concepción jurídico-penal que se adopte[143]. Pues no se puede hacer a alguien penalmente competente de las consecuencias lesivas producidas por el autor de un hecho delictivo gracias a las aportaciones del primero; ello comportaría una grave restricción de los espacios de libertad legítimamente conferidos a los ciudadanos y que les resultan imprescindiblemente necesarios para su desarrollo personal y para la convivencia social en general.

Por ello, conforme a lo que se viene afirmando, la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que solo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso[144].

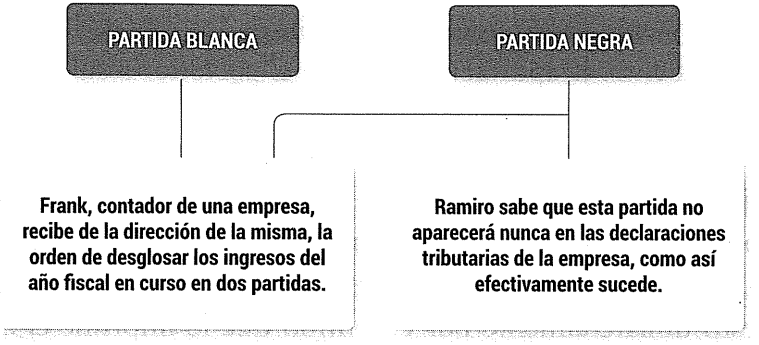
A manera de ejemplo:

---

142 A título de ejemplo, puede verse las consideraciones de Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general I*, cit., [2005], 15/70 ss., quien, aunque sin comprender a la prohibición de regreso como una institución autónoma perteneciente a un sistema normativo como la imputación objetiva, sostiene que "no puede estar prohibida toda acción en la cual sea pensable, con todo, que ella motivará a otro a cometer un delito, o que podría hacerla posible o facilitarla...", pues ello es a su juicio "manifiestamente inaceptable" (15/71).

143 Esto es así a tal punto que incluso para autores manifiestamente críticos al sistema normativista, el principio de dependencia recíproca entre Derecho penal y sociedad es ya un lugar común. Cfr., así, Mir Puig ("Sociedad, norma y persona en Jakobs", cit., p. 132), quien lo considera como un principio plenamente aceptado por la doctrina jurídico-penal.

144 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., 24/13.



Para el caso, el rol o la competencia atribuida a Frank está netamente referida a la realización de partidas, mas no en el control futuro de su uso; por ello, la comisión delictiva futura que pueda realizarse, no le es imputable objetivamente.

Es, entonces, la idea básica y político-criminalmente necesaria de frenar una excesiva responsabilidad "hacia atrás" la que subyace a la prohibición de regreso y la que se halla actualmente generalizada en la doctrina[145].

Una vez más, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos como el del taxista[146], el de la gasolinera[147]

145 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 349.

146 Que, como es sabido, nuestra jurisprudencia ya tuvo ocasión de resolver a través de la sentencia N.º 4166-99-Lima emitida por la Corte Suprema de Justicia. El supuesto de hecho trata de un taxista que transportó a unos delincuentes, quienes, en el lugar de destino, deciden perpetrar un delito patrimonial. Vid. el amplio análisis sobre este caso jurisprudencial efectuado por Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., pássim.

147 El empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un vehículo, percatándose que este se halla en tan mal estado que es evidente que se va a producir un accidente con ulteriores resultados lesivos, lo cual en efecto sucede posteriormente. Cfr. al respecto, Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, cit., pp. 111 s.

o el del acreedor homicida[148] (por mencionar algunos de los más conocidos y empleados doctrinalmente), en los que es innegable el nexo causal entre la aportación inicial y el posterior resultado lesivo. Por tanto, la prohibición de regreso define los límites de lo que ha comprenderse como una actividad conjunta con un mismo significado objetivamente delictivo para los intervinientes, esto es, si el suceso proyecta el sentido de una organización delictiva conjunta[149]. En efecto, como ya se señaló, este significado normativo no puede venir impuesto unilateralmente por el sentido que le imprime el autor a una aportación socialmente estandarizada.

Una cuestión que ha merecido incesantes comentarios y análisis es la de los conocimientos de quien presta la aportación, lo cual resulta trascendental a la hora de trazar los límites de la institución dogmática en mención[150].

No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido común de la actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta.

148 Planteado por Günther Jakobs ("La prohibición de regreso en los delitos de resultado", en Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal,* trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997, pp. 243 ss.) y que consiste en aquel deudor que cumple con pagar una deuda dineraria, con lo cual el acreedor se propone cometer un delito, haciéndoselo saber al deudor. Con suma claridad explica al respecto Jakobs ("La imputación objetiva", cit., p. 216): "la comunidad con el acreedor se limita a la transferencia del dinero; lo que el acreedor se proponga hacer con él importa tan poco al deudor como lo que ha de interesarse el acreedor por el modo en que el deudor se haya procurado el dinero con el que efectúa el pago...".

149 Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., p. 82.

150 Cfr. solo los análisis y comentarios de Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., pp. 58 ss. y 83 s.; Jakobs, "La imputación objetiva", cit., pp. 214 s.; Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., pp. 113 ss.; Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., pp. 46 ss.

Así sucede en el caso de quien anuncia en una reunión social que en un determinado mes y lugar de una montaña se presentan las condiciones meteorológicas y climáticas ideales para realizar una excursión, lo cual es tomado como base por un tercero para hacerlo, resultando este posteriormente lesionado o muerto.

Aun cuando el deudor y el sujeto de la reunión sepan de las intenciones del acreedor y del tercero respectivamente de realizar las ulteriores actividades lesivas, no podrían responder por estas dado que no se trata de actos jurídicamente desaprobados dirigidos a favorecer hechos ilícitos[151].

Y ello tiene su principal fundamento, como no podía ser de otro modo, en una razón de raigambre social: posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría a imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios[152]; en otras palabras, "si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada", puesto que "la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares"[153].

Sin embargo, aunque la cuestión de los límites de una construcción de esta naturaleza amerita un desarrollo más prolijo, aquí me ceñiré a destacar dos restricciones de la prohibición de regreso. Por un

---

151 Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., pp. 58 ss.; García Cavero, Percy, "La prohibición de regreso en el derecho penal", en Silva Sánchez / García Cavero / Caro Coria / Meini Méndez / Pastor / Parma / Reaño Peschiera, *Estudios de derecho penal,* Ara, Lima, 2005, pp. 70 y s.

152 Como lo afirma Caro John, *La imputación objetiva en la participación delictiva,* cit., p. 59, ello supondría obligar a los actores sociales a convertirse en "expertos" o "adivinos" de los propósitos ajenos.

153 Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., p. 19.

lado, no podría invocar una prohibición de regreso quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho[154].

Esto quiere decir que si el taxista acelera y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes o si el deudor entrega una suma mayor a la debida al acreedor, conociendo sus planes delictivos, ya no ajustaría su proceder a su rol social. Por otro lado, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso[155]. Si el sujeto de la reunión que hace comentarios sobre las condiciones climáticas es el encargado de la protección y defensa civil de la zona, su aportación podría vincularse normativamente con el posterior curso lesivo[156]. Lo propio ocurre en el caso del acreedor, en el supuesto de que este exprese su intención de emplear el dinero para asaltar el banco donde labora la esposa del deudor, resultando esta, en efecto, posteriormente herida.

---

154 Cfr. Jakobs, "La imputación objetiva", cit., pp. 216 ss.; García Cavero, "La prohibición de regreso en el derecho penal", cit., pp. 70 y s.: "El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante".

155 Jakobs, "La imputación objetiva", cit., pp. 214 s., poniendo el ejemplo del encargado de custodiar material radioactivo: si éste en un paseo dominical observa que algo no está bien en cuanto a este material o el lugar donde se almacena, "esta observación la hace como titular de aquel rol y está obligado en calidad de garante a la evitación del daño" (p. 215). Cfr. asimismo sobre esta limitación, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 407 ss.

156 En estos casos, no obstante, las posiciones de garante deben estar bien fundamentadas para que su infracción adquiera objetivamente un significado delictivo, pues es indudable que "cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas" (Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 412 s.).

En la dogmática penal, ha generado amplios debates aquellos casos en los cuales la persona es portadora de ciertos "conocimientos especiales". A manera de ejemplo: "un estudiante de botánica del último ciclo, en su tiempo libre, a fin de sustentar sus gastos universitarios de último año, trabaja como mozo en un conocido restaurante. Uno de tantos días, el dueño del local, ordena al joven, llevar un plato de sopa a un invitado especial de la noche, sin embargo, en el trayecto, el joven, debido a sus conocimientos especiales en botánica, se percata de que en la sopa emergía un hongo venenoso que, de ser consumido, podía producir la muerte. Hecho que finalmente acaece con el cliente.

Como se puede colegir del caso planteado, aun cuando el joven, tenía "conocimiento" de que el hongo venenoso podía generar la muerte, su conducta solo se limita a una contribución causal, no pudiendo serle imputable objetivamente el resultado muerte. El aceptar lo contrario, implicaría un retorno a la valoración de términos netamente subjetivos o psicológicos, valoraciones que un funcionalismo normativo rechaza.

A partir de estas consideraciones es posible ya delinear el ámbito de la prohibición de regreso y demarcar sus fronteras con las demás instituciones dogmáticas. En cuanto al riesgo permitido, es claro que la prohibición de regreso no se limita a determinar los contornos de lo jurídico-socialmente reconocido, sino que, conforme a lo dicho, va un poco más allá, estableciendo si se puede vincular una aportación posiblemente inocua con un posterior curso lesivo, con prescindencia del aspecto cognitivo de quien realiza el aporte (esto es, despliega sus efectos de modo contrafáctico)[157]. Por su parte, el principio de confianza opera, más bien, una vez constatado que el comportamien-

157 Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., pp. 117 s.

to de un tercero no se encuentra jurídicamente aprobado[158], y solo persigue decirnos si, pese a la incorrección en el obrar de las demás personas, a alguien le está permitido confiar en la actuación de estas.

En el caso de la imputación a la víctima, la diferencia se muestra más patente, ya que la prohibición de regreso permite establecer la inexistencia de una comunidad delictiva con un sentido común, mientras que, en la imputación a la víctima, por el contrario, se busca determinar precisamente si existe una actividad conjunta que pueda ser atribuida a la esfera de competencia de esta última[159].

5. La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

Jakobs denomina este filtro de imputación objetiva como el obrar a propio riesgo[160]; una participación con eficacia excluyente del tipo en un comportamiento lesivo que emprende otra persona, y que para esta persona es por tanto lesión de un bien jurídico de libre disposición generado por el propio riesgo que crea o, si se prefiere, el incumplimiento del deber de auto protección.

El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid Manuel Cancio Meliá establece como fundamento al principio de autorresponsabilidad, al que ubica como inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución); bajo este concepto, el contenido del principio de autorresponsabilidad es el siguiente:

a) A todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia;

158 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 419 s.

159 Por ello es que Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., p. 118, sostiene que la prohibición de regreso se presenta como una "especie de reverso" de la imputación a la víctima.

160 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit.

b) El titular del ámbito de autoorganización, como regla, es responsable de los daños que puedan derivar de esa organización propia[161].

Si el titular de bienes jurídicos tiene libertad de organizar su ámbito de ejercicio, disfrute, disposición etc.; como correlato de esa libertad de organización, el titular debe asumir de modo preferente los daños que pueda derivar de ella[162].

La autora colombiana Claudia López Díaz sostiene que el obrar a propio riesgo supone una participación con eficacia excluyente del tipo, de un tercero-autor en un comportamiento lesivo, que emprende otra persona contra sus propios bienes, sobre los cuales le incumbía un deber de autoprotección[163].

El riesgo generado por la víctima es preferentemente atribuible a su ámbito de competencia y, por tanto, su efecto es excluir de responsabilidad al autor.

Sin embargo, la doctrina penal dominante ha puesto límites a esta regla, pues no en todos los casos en que la víctima obra a propio riesgo se excluye la responsabilidad penal del autor.

Jakobs afirma que el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol. [164]

---

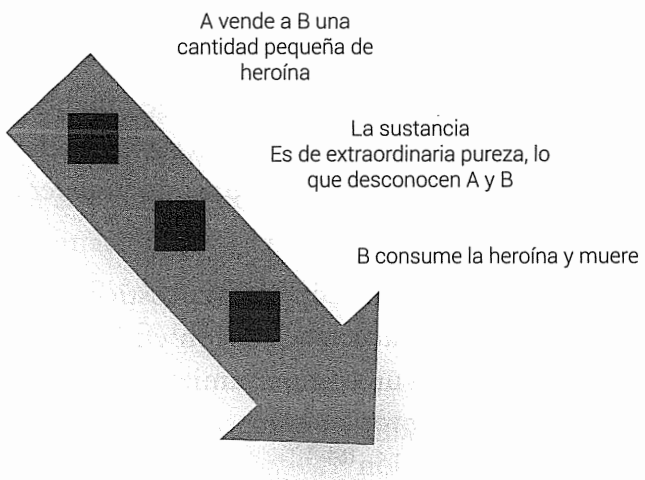
161 Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal,* 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001, pp. 277 a 279.

162 Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 279.

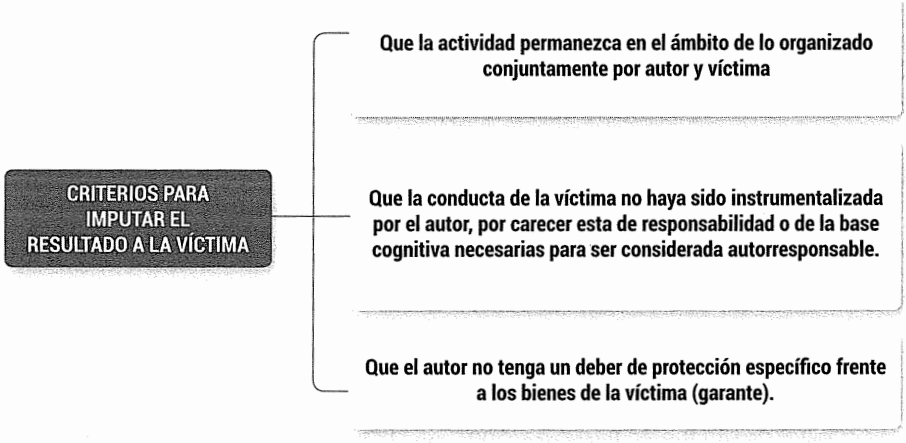
163 López Díaz, Claudia, *Acciones a propio riesgo,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 257.

164 Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal,* Grijley, Lima, 2001, p. 32.

A manera de ejemplo:



Cancio Meliá y López Díaz establecen los presupuestos imprescindibles para imputar el resultado únicamente al ámbito de competencia de la víctima[165, 166]:



165 Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 286.

166 López Díaz, *Acciones a propio riesgo,* cit., p. 397.

Actualmente ya no es posible negarle valor jurídico-penal a la intervención de quien resulta lesionado en una actividad emprendida con otro. Se ha establecido, así, con más o menos convicción dogmática, que la conducta de la víctima autorresponsable ha de ser introducida en el juicio de tipicidad y, por ende, en el sistema de imputación objetiva, si bien sobre su contenido y configuración dogmática reina aún cierta polémica e incertidumbre[167].

A partir de una perspectiva funcional se ha tratado de explicar las razones por las que un determinado suceso y, naturalmente, las consecuencias que de él se derivan sean atribuidos a la víctima. En esa línea, por ejemplo, el profesor Jakobs ha intentado definir tales razones normativas: primero, mediante la infracción de los, así denominados por él, "deberes de autoprotección" y, segundo, mediante un acto de voluntad, a saber, el consentimiento.

Sin embargo, como bien lo recalca García Cavero[168], ello no supone acoger una teoría basada en la diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida como la propuesta por Roxin, pues esta se construye sobre fundamentos distintos[169].

---

167 Cfr. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 349 ss.; García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 380.

168 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, p. 381.

169 Fundamentos que, según lo entiendo, se hallan aún impregnados de un tinte de orden naturalístico. Según este autor, mientras que en la autopuesta en peligro (o más exactamente, en la participación en una autopuesta en peligro) el tercero tan solo coopera en una actividad riesgosa realizada por la propia víctima, en la heteropuesta en peligro consentida (también denominada "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste") la víctima no se coloca ella misma en una situación de peligro, sino que "se deja poner en peligro" por otro con plena conciencia del riesgo (cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, 11/86 ss., 11/98 ss.; Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal,* trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 190. Precisa este autor que en este último ámbito la víctima "se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que

En efecto, la imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo cuando la aparente víctima ha infringido determinadas incumbencias de autoprotección, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa o cuando menos inocua, asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se erige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos.

Se habla de "incumbencias de autoprotección", también de "deberes de autoprotección", expresión acuñada originariamente por Jakobs[170], quien sostiene que el criterio dogmático bajo análisis comporta la inobservancia de tales deberes por parte de la víctima al administrar su esfera personal de organización.

---

es obra exclusiva de un tercero"). Para plantear en términos ejemplificativos este tratamiento dogmático diferenciado (Roxin, *Problemas básicos del derecho penal,* cit., p. 190), alude a un caso real resuelto por el Tribunal Supremo Federal: el de la carrera ilegal de motos. Afirma que "no es lo mismo" aceptar competir con otro en una carrera imprudente "y aceptar al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia", que "ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario". Sin embargo, como lo sostiene Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* cit., pp. 124 ss., ha de afirmarse categóricamente que la imputación en este terreno dogmático se produce en términos normativos y no está supeditada a la configuración fenomenológica de las aportaciones de autor y víctima ni al dominio puramente fáctico del suceso, sino, antes bien, a la esfera de autonomía de la víctima que obra de forma autorresponsable, una vez definido el carácter conjunto del suceso. Quizás en razón de los inconvenientes que implica aferrarse a un criterio de sustrato naturalista en determinados casos problemáticos (como el del SIDA, por ejemplo: ¿quién domina el riesgo en las relaciones sexuales?), Roxin (*Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, 11/100; Problemas básicos del derecho penal, cit., pp. 192 y s.) haya optado por plantear una cláusula de equiparación de las dos figuras (auto- y heteropuesta en peligro) formuladas por él mismo.

170 Cfr., por ejemplo, Jakobs, *La imputación objetiva,* cit., [2001], p. 33.

A este respecto, la doctrina se ha manifestado en contra de la existencia de deberes de autoprotección jurídicamente exigibles a la víctima. En nuestra doctrina, García Cavero prefiere referirse precisamente a "incumbencias de autoprotección", ya que no se trata propiamente de deberes impuestos a la víctima, sino de "criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia"[171].

Igualmente, Pastor Muñoz se refiere a incumbencias normativas de autoprotección, en contraposición a la "capacidad (fáctica) de autoprotegerse"[172].

En Alemania, Frisch considera problemático hablar de una falta de protección en razón de una competencia de la víctima para su propia prevención respecto de ciertos peligros[173].

Por su parte, Cancio Meliá estima que no se trata de deberes que el ordenamiento jurídico impone a la víctima, sino de "hacer valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima", por lo que prefiere renunciar a la terminología de "deberes de autoprotección"[174].

En el mismo sentido, Feijoo Sánchez subraya la inexistencia tanto de fundamento dogmático de estos "deberes" como de consecuencias

---

171 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2012, pp. 380 y ss. De hecho, este autor nacional ha sido más específico al señalar que el cumplimiento de los deberes tiene para el Derecho un lugar prioritario, mientras que el cumplimiento de las incumbencias es solo secundario: "Penalmente, solo el incumplimiento de los deberes se sanciona, mientras que el incumplimiento de lo que a uno incumbe es, en cuanto tal, impune" (Vid. la nota de traductor en la obra de Puppe, *La imputación del resultado en Derecho penal,* Ara Editores, Lima, 2003, p. 93).

172 Pastor Muñoz, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa,* Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 150.

173 Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva,* cit., p. 130.

174 Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 348.

jurídicas derivadas de su infracción[175]; igualmente, Tamarit Sumalla se muestra crítico con las consecuencias de afirmar un deber general de autoprotección, el que 'aunado a otros factores producto de la normativización de la tipicidad' podría originar una "hipertrofia del discurso de signo liberalizador".

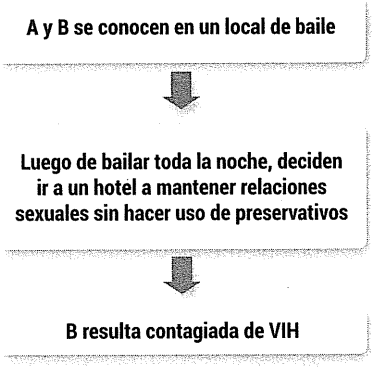
En cuanto a este debate, solo cabría aquí acotar que, en efecto, resulta difícil sostener congruentemente la existencia de deberes cuya infracción no acarree la imposición de una sanción o de alguna otra manifestación, punitiva o no, del Estado, como sucedería en el caso del incumplimiento de los pretendidos deberes impuestos a la víctima en el ámbito del Derecho penal. Ello responde al hecho 'por lo demás, evidente' de que la introducción de la víctima en el juicio de imputación no tiene por finalidad la formulación de algún reproche contra ella (en efecto, pues, no existe ninguna norma que tipifique la actuación de la víctima), sino conceder relevancia dogmática a la autonomía con la que esta se comporta. Como lo señala Walther: "el Derecho penal no pretende responsabilizar al titular del bien jurídico. El punto de partida está siempre en la exclusión de la imputación a favor del autor".

Dadas sus específicas características, este criterio normativo opera en un plano sistemático posterior a los demás, pues, aunque también en otros criterios se examinan casos en los que la víctima interviene de algún modo, la diferencia con la imputación a la víctima radica esencialmente en que en aquellos la condición de titular preferente de los bienes jurídicos no es la determinante en el juicio de imputación. Si bien en otros ámbitos de la imputación objetiva, como el principio de confianza o la prohibición de regreso, la autorresponsabilidad también se manifiesta de un modo especial, en la imputación a la víctima juega un papel fundamental, pues sobre dicho principio

175 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., pp. 494 s.

se erige la atribución del suceso lesivo a la víctima, en tanto persona autónoma reconocida como tal por el ordenamiento jurídico.

Todo lo dicho puede permitirnos solucionar un caso práctico:



Este criterio de exclusión de la imputación objetiva es también conocido como "imputación a la víctima" o "autopuesta en peligro de la víctima". Mediante este instituto dogmático se postula la exclusión de tipicidad del hecho imputado al sujeto activo productor material del resultado, cuando el sujeto pasivo (la víctima) ha propiciado con su conducta la concreción del resultado o ha sido factor determinante en este[176].

En efecto, para decidir cuándo la autopuesta en peligro determina algún tipo de responsabilidad, es importante tener en cuenta los ámbitos de competencia que el titular tiene con relación a la evitación de los resultados típicos. Esto es, quien dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas, asume íntegramente la responsabilidad.[177] Como bien refiere Jakobs, "quien por sí mismo se zambulle

176 Rojas Vargas, Fidel. "La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N.º 14, Lima, 1999, p. 84.

177 Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva.* Temis, Bogotá, 1996, p. 168.

en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado"[178].

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, esté no se realizará en el resultado.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asume al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo.

(Ejecutoria Suprema del 13 de abril de 1998, Exp. N.º 4288-97-Ancash).

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

2. **El principio de imputación a la víctima.** El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que este se encontraba, el que según el Certificado del Dosaje Etílico alcanzaba los dos puntos cincuenta Cg/L unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por

178 Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 33.

lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito.

(Expediente N.° 1789-96. Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima de fecha 25 de febrero de 1997).

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

3. **El principio de imputación a la víctima.** La creación del riesgo de daños no fue derivada del actuar del procesado ni muchos menos del técnico porque el que asumió el riesgo fue el agraviado en el instante en el que el técnico le advirtió del bajo amperaje que tenía su medidor de luz, de esta manera se configura lo que se denomina la competencia de la víctima pues es el quién es responsable de su deber de autoprotección, deber que no ha desempeñado al asumir su propia creación de riesgo no permitido.

(Expediente N.° 1219-04. Sentencia de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de fecha 1 de septiembre del 2006).

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESULTADO

La imputación objetiva del comportamiento tiene lugar cuando la creación de un riesgo se le imputa a una persona como infracción del rol general de ciudadano o, lo que es lo mismo, como un incumplimiento del deber general de ciudadano, o lo que es lo mismo, como un incumplimiento del deber general de no dañar a otro[179].

En este nivel de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Así pues, en este primer ámbito habrán de analizarse los criterios de exclusión de la imputación objetiva, tales como riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y ámbito de competencia de la víctima. Estas instituciones deben entenderse no como

179 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 425.

puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis[180].

El presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, sin embargo, tampoco es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios, sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellas.[181]

La teoría de la imputación objetiva no sólo establece criterios normativos para la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también ofrece las máximas para constatar, una vez afirmado que la conducta es típica (en los delitos de mera actividad será suficiente la imputación objetiva de la conducta), cuando el resultado producido debe ser reconducido a la conducta, esta es la imputación objetiva de resultado (aplicable para los delitos de resultado). En este segundo escalón de análisis lo que se trata es explicar el resultado lesivo producido. Solo podrá considerarse el resultado consecuencia de la conducta típica cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado.

En este sentido, esto adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento típico otra *explicación alternativa*, como puede ser un accidente o la conducta de otro sujeto los que son considerados como criterios de interrupción del nexo de imputación, que no son otra cosa que casos en los cuales, si bien se afirma la imputación objetiva del comportamiento, no se puede afirmar la imputación objetiva del resultado[182].

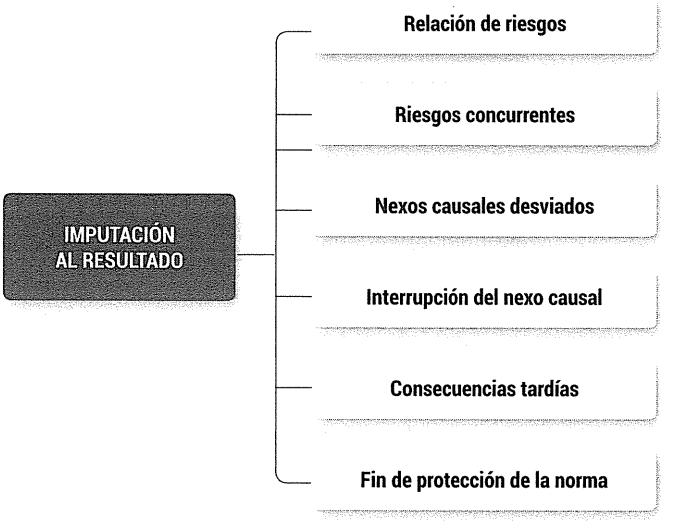
Aquí se estudian los "cursos causales complejos", los "cursos causales parciales", los "cursos causales hipotéticos" y los "cursos causales irre-

180 Cancio Melía, *Imputación objetiva y dogmática penal,* cit., p. 96.

181 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

182 Cancio Melía, *Imputación objetiva y dogmática penal,* cit., p. 111.

gulares". En estos casos se puede afirmar una imputación al comportamiento mas no al resultado por la aparición de un riesgo posterior que interrumpe el nexo de imputación.



1. Interrupción del nexo de imputación

Aquí se plantea la hipótesis de qué hubiera sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente. En este sentido, el resultado no resulta imputable cuando este se hubiera producido con probabilidad rayana en la certeza, aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente.

EJEMPLO

Un médico realiza una operación sin realizar el riesgo quirúrgico; luego se genera la muerte de la víctima por sepsis generalizada. Los estudios post mortem llegan a la conclusión que la víctima padecía de una alergia a la anestesia sumamente rara que era imposible de hallarse así se hubiera realizado el riesgo quirúrgico y todos los procedimientos de la *lex artis* médica.

Son modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando ésta genere un aumento o anticipe en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro.

EJEMPLO

La víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En todo delito de resultado se requiere, como primer nivel de análisis, que se verifique un nexo de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y la producción del resultado; lo que no se advierte, en el presente caso, en base al material probatorio, en el sentido de que, en la oficina, propiedad de la procesada, se localice el desperfecto de los servicios higiénicos que hayan producido el deterioro del techo del baño de la propiedad de la agraviada".

(Expediente N.° 3479-98. Ejecutoria de fecha 2 de octubre de 1998).

2. Riesgos concurrentes

Son aquellos supuestos en los que compiten riesgos por ser identificados como los decisivos respecto del resultado, como posibles explicaciones de este. Dentro de estos casos tenemos aquellos en donde el autor contribuye de manera causal en el resultado (y genera un riesgo no permitido) pero concurre un *riesgo general de la vida*[183].

EJEMPLO

Si un sujeto secuestra a la víctima y esta muere en un accidente de tránsito —inevitable—, en este caso el sujeto habrá de responder por el secuestro de la víctima mas no por la

183 Cancio Melía, *Imputación objetiva y dogmática penal,* cit., p. 115.

muerte por no haber generado un riesgo típico de muerte con su actuar.

Se niega la imputación cuando a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo, el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto.

EJEMPLO

El que dispara a matar a otro y sólo lo lesiona, y luego producto de un incendio muere en el hospital.

También tenemos los casos derivados de gran impresión emocional ("casos de shock"):

EJEMPLO

- Si un padre tiene conocimiento de la muerte por homicidio de su hijo, sufre un ataque al corazón. Esta lesión no resulta atribuible al autor del homicidio.
- Otro caso es aquel en el que la víctima muere después de ser apuñalada, camino al hospital en ambulancia a causa de un accidente de tránsito repentino. El autor responderá por las lesiones (o tentativa de homicidio) mas no por la muerte porque obró un riesgo concurrente que forma parte de los riesgos generales de la vida: el tráfico rodado.

Tenemos otros supuestos en los que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en el que se produce el resultado —es decir, que no pueda considerarse un accidente debido a un riesgo vital—, pero este no se realice porque la conducta de otro sujeto —que puede ser la propia víctima— introduce un *riesgo nuevo* distinto al creado por el autor[184].

184 Cancio Melía, *Imputación objetiva y dogmática penal,* cit., p. 116.

EJEMPLO

El caso de un automovilista que circula por el lado izquierdo de la vía (infringiendo su deber de hacerlo por la derecha) cuando un peatón se abalanza de modo repentino sobre la calzada; no cabe establecer conexión entre la infracción del conductor y el resultado producido, por lo tanto, se excluye la imputación del resultado al autor.

3. Daños consecuenciales o derivados

En estos casos el denominador común está en que, una vez realizada la conducta, el resultado se produce después de transcurrido un considerable lapso de tiempo, es decir, que el daño es "consecuencia" de la conducta del autor, pero no una consecuencia inmediata en el tiempo.

EJEMPLO

Se le genera lesiones a una persona y esta termina paralítica y años después acontece un incendio del que no pudo escapar por su condición. Sin embargo, en caso hubiese estado en la plenitud de sus facultades (en caso no lo hubiesen lesionado) este sí pudo haber huido y salvado la vida. En este caso no se puede imputar al autor el resultado derivado producido muchos años después. Aquí se debe precisar que la existencia de determinados daños permanentes, como es lógico, imponen ciertas precauciones exigibles a la víctima.

4. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva

Si bien la teoría de la imputación objetiva dentro de los parámetros teóricos esbozados es de suma importancia y utilidad práctica para la resolución de casos, no es menos cierto que aplicar únicamente de manera teórica los criterios de exclusión de imputación (riesgo permitido, prohibición de regreso, ámbito de competencia de la víctima y principio de confianza) sin tener presente la sociedad en la que nos

movemos; con sus características tan divergentes y problemas sociales tan disímiles de las europeas supone un primer reto a superar.

El nivel de cumplimiento de la norma de un europeo es muy superior al de un latinoamericano. El grado de delincuencia en sociedades europeas y latinoamericanas también son absolutamente distantes de ahí que aplicar de manera meramente teórica los criterios de exclusión de imputación de objetiva resulta de suyo errado pues la imputación objetiva existe dentro de un contexto social determinado y son los parámetros de cada sociedad en concreto los que van a permitir o desaprobar determinadas conductas, son los valores y las máximas de la experiencia y sociales de cada sociedad en específico las que van a determinar la desaprobación del comportamiento. Establecer bases teóricas es muy importante, pero entenderlas y aplicarlas (muchas veces incorrectamente) sin comprender el contexto social en el que vivimos solo sirve para elucubraciones teóricas y abstractas pero desarraigadas del mundo práctico que es la finalidad última de la dogmática penal. Las soluciones a casos concretos, refiere Jakobs, depende "del contexto social cuál de las posibles soluciones resulte elegida. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta"[185].

5. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto

a. Cumplimiento de deberes

No hay imputación objetiva cuando el agente haya actuado bajo una obligación específica derivada de su función o profesión.

185 Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 18.

El acto médico constituye —como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. La sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso —justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple.

(Ejecutoria Suprema del 22 de diciembre del 2004, R. N. N.º 1062- 2004-Lima, considerando séptimo).

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

2. La responsabilidad penal del procesado no se encuentra acreditada puesto que en su calidad de interventor recaudador actuó en cumplimiento de lo dispuesto por las normas del código procesal civil respecto a la materia.

(Expediente N.º 4730-98. Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 22 de diciembre de 1998).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3. Obligación específica de actuar. El hecho de haber entregado los bienes al juez de paz del distrito ante la negativa a recepcionarlos por parte de la entidad beneficiaría, estando dentro de sus facultades tal disposición constituye un acto inscrito bajo el cumplimiento del deber del funcionario encausado. (Recurso de Nulidad N.º 1346-97).

b. Obrar por disposición de la ley

No hay imputación objetiva cuando el agente ha actuado en cumplimiento de un deber jurídico. Su radio de acción alcanza sobre todo a los funcionarios públicos. Una persona no puede alegar que existe

un mal en el hecho de que un policía quiera detenerlo, pues él está cumpliendo con su deber.

EJEMPLO

El padre que ejerce su derecho de corrección.

c. Consentimiento

Si concurre consentimiento no hay necesidad de intervención del derecho penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material.[186]

EJEMPLO

El que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento del propietario.

El consentimiento debe ser formulado válidamente con anterioridad a la comisión del hecho, situación que debe ser conocida por el agente. Debe ser emitido por el titular del bien jurídico de forma válida.

Las principales condiciones del consentimiento son: libertad en su emisión, sin coacciones de ningún tipo, con perfecta conciencia del alcance de la decisión. Si no se cumplen estos requisitos, entonces deja de ser justificante.

186 Loc. cit.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Antijuricidad: no puede sustentarse en el solo conocimiento. 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 es penalmente relevante aun cuando en un momento determinado tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos, ya que el solo conocimiento no puede fundar la antijuridicidad de su conducta.

(Serpa Segura / Almenara Bryson / Sivina Hurtado / Castillo La Rosa Sánchez / Gonzales López. R. N. N.° 4166-99-Lima).

VI. COMENTARIOS FINALES RESPECTO A LA AUTONOMÍA DE LOS CRITERIOS NORMATIVOS DE IMPUTACIÓN EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA FUNCIONALISTA

Jakobs refiere que cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales[187]. La pena es así, para Jakobs, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente, y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que, según su concepción, la misma "confirma la identidad normativa de la sociedad[188]. Por ello,

187 En efecto, Jakobs sostiene que la función del derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica, vid. Jakobs, *La imputación objetiva en el derecho penal,* cit., p. 12, y que la decepción de las expectativas y el consiguiente conflicto surgido, así como la necesidad de reaccionar frente a la infracción que ello supone a las normas, "han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social".

188 Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungs-*

el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma".

Bajo la construcción de Jakobs, de manera similar a la formulación de Luhmann, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas.

De alguna manera, para Jakobs, lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente. Jakobs di-

---

lehre, 2.ª ed., De Gruyter, Berlín/Nueva York, 1993, 1/3. Para entender correctamente esta definición de Jakobs, y más en concreto la afirmación de que la pena demuestra la vigencia de la norma a costa del infractor, es preciso partir de que para Jakobs el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan solo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defrauda lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba la calculabilidad y previsibilidad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. De ahí que Jakobs diga que la pena demuestra la vigencia de la norma a costa del infractor. Respecto a la competencia, JAKOBS (*Estudios de derecho penal,* cit., p. 385) señala que la imposición de la pena se justifica en la medida en que el penado sea competente para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social racionalmente, de suerte que, de resultar incompetente, como sucede con los enajenados, en lugar de pena, debería recibir tratamiento.

ferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional[189].

El planteamiento de Jakobs[190], atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distingos en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontologista se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

Siendo ello así, es importante hacer referencia al funcionamiento de la imputación objetiva dentro del tipo penal.

Así, tenemos que resaltar que para que un comportamiento pueda ser encuadrado dentro del tipo penal, se requiere que sea imputable objetivamente al autor. La imputación objetiva constituye un elemento

189 En realidad, como han puesto de manifiesto Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá (*Un nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 57), la orientación de la prevención general positiva que se hace patente en la doctrina de Jakobs no resulta contraria frontalmente a la teoría de los bienes jurídicos, ya que ambas doctrinas se mueven en planos diferentes, y por tanto no resultarán por ello frontalmente antagónicas. Así, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal —que no corresponde en esencia a la ciencia del derecho penal sino al ámbito político—, en tanto que la teoría de la prevención general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena.

190 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit.

de todo tipo penal pues solamente mediante su verificación la acción resulta típica. [191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198]

Joaquín Cuello Contreras explica la función que tiene la imputación objetiva en la tipicidad, al señalar que los tipos penales constituyen abstracciones de la realidad, supuestos de hecho que no recogen todos "los matices de la realidad normada".

Ello implica que a veces comportamientos reales que aparentemente resultan típicos deben excluirse del tipo penal, "porque no resultan desaprobados por el orden social subyacente"[199].

Explica el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura, que la imputación objetiva selecciona las acciones peligrosas o dañosas de bienes jurídicos que realmente están desaprobadas por el Derecho penal[200].

---

191 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 223 a 226.

192 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 1997, T. I, pp. 362 a 365.

193 Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general,* 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 307 a 310.

194 Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general,* traducción de la 2ª edición alemana, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 75 a 87.

195 Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general,* Dykinson, Madrid, 2002, pp. 599 a 600.

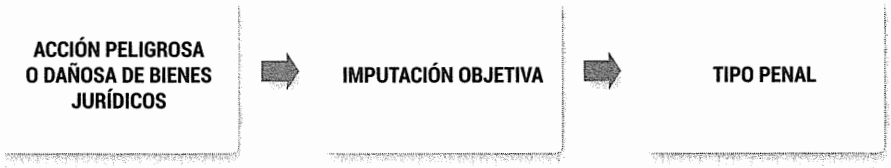
196 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general,* 3ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú/Grijley/Universidad de Friburgo, Lima, 2005, pp. 431 a 433.

197 Roxin, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal,* traducido al español por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 15 y 16.

198 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general,* cit., [2006], pp. 321 a 324.

199 Cuello Contreras, *El derecho penal español. Parte general,* cit., pp. 568 y 569.

200 Cuello Contreras, *El derecho penal español. Parte general,* cit., p. 599.



La jurisprudencia peruana ya reconoce a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, un requisito a verificar para que el hecho imputado pueda ser considerado típico; de allí que los jueces, desde hace algunos años, vienen trabajando con los filtros o criterios de imputación objetiva para establecer si la conducta, objeto del proceso penal, encuadra en el tipo penal.

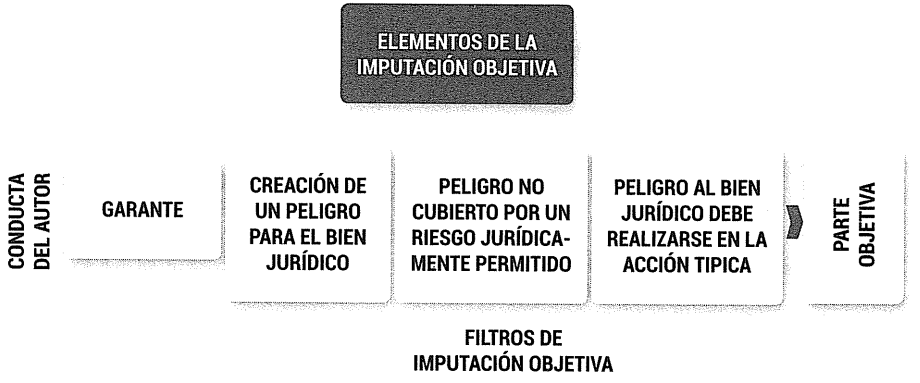
Dentro de la doctrina judicial destacan el caso de "Rock en Río", objeto del recurso de nulidad N.º 4288-97 del 13 de abril de 1998, en el que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema determinó la atipicidad del hecho por falta de imputación objetiva al aplicar el filtro de la violación del deber de autoprotección de la víctima; y el Caso del "taxista", objeto del recurso de nulidad N.º 4166-99 del 7 de marzo del 2001, en el que determinó igualmente la ausencia de tipicidad por aplicación del filtro de imputación objetiva prohibición de regreso[201].

La importancia cuantitativa de los procesos sumarios, exige examinar también las ejecutorias superiores, de las que se destaca la Ejecutoria Superior N.º 4034-98. La Sala de Apelaciones, en la sentencia de vista del 24 de noviembre de 1998, considerando segundo, estableció: "el Derecho penal requiere para que una conducta humana sea reprochable, que el ataque al bien jurídico sea objetivamente imputable al autor del comportamiento típico, es decir, no basta con haber causado, dolosa o imprudentemente una muerte o lesión corporal

201 Rojas Vargas, Fidel, *Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia,* Jurista, Lima, 2004, pp. 255 a 267.

para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario, además, que dicho resultado pueda serle atribuido objetivamente a él"[202].

Para la formulación del juicio normativo de imputación objetiva tienen que verificarse los siguientes elementos[203, 204]:



Para que se verifique la imputación objetiva es necesario que el autor haya creado un riesgo jurídicamente prohibido, lo que solamente se produce si la conducta no queda atrapada por alguno de los filtros de imputación objetiva, pues en este caso se considera un riesgo jurídicamente permitido.

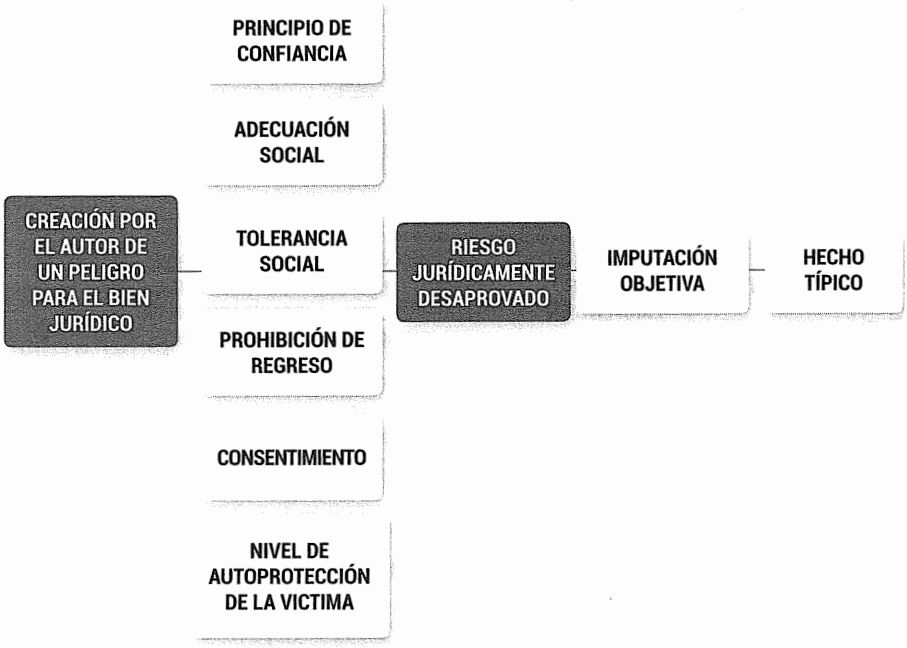
Bernardo José Feijoo Sánchez, profesor español de la Universidad Autónoma de Madrid, recuerda que en la doctrina moderna solo se puede imputar el resultado típico, por ejemplo, la afectación del bien jurídico honor, a la persona que ha creado o no ha evitado como garante un riesgo jurídico- penalmente desaprobado; pues existen casos en los que el riesgo no está jurídico-penalmente desaproba-

202 Baca Cabrera, Denyse / Rojas Vargas, Fidel / Neira Huamán, Marlene, *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios,* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 106 y 107.

203 Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal,* cit., pp. 363 y 364.

204 Jakobs, *Estudios de derecho penal,* cit., p. 211.

do, sino permitido por el derecho, por distintas razones: porque era imprevisible, porque era tolerado por la sociedad, o porque era de competencia exclusiva de la víctima[205].



205 Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva en derecho penal,* cit., p. 298.

CAPÍTULO 7
IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Resumen de este capítulo

La tipicidad subjetiva o imputación subjetiva consiste en valorar si el agente conoce el riesgo de su conducta, es decir, si obró con dolo o por culpa. En este capítulo desarrollaremos el tema del dolo, la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria (*willful blindness)* y la culpa o tipo imprudente.

I. EL DOLO

El dolo ha sido definido por numerosos e importantes autores. Según Hernando Grisanti, el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Según Francesco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Manzini define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley. Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere.

RECUERDA

EL DOLO ES el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible.

En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento

de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: "El querer de la acción típica").[111] En otras palabras, el dolo es saber lo que se hace y querer lo que se hace.

En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del dolo y su ubicación sistemática.

RECUERDA

EL DOLO ESTÁ INTEGRADO POR DOS ELEMENTOS: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: el querer de la acción típica).

Es así como para el causalismo —escuela penal alemana que tuvo su auge entre 1870 y 1930 aproximadamente en ese país—, clásico y neoclásico, el elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal. El dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible.

Por el contrario, para el finalismo —escuela penal germana que tuvo su esplendor entre 1945 y 1960 aproximadamente—, el elemento cognitivo del dolo sólo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. El dolo en el finalismo es ubicado como un elemento de la tipici-

111 Loc. cit.

dad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad, o sea, el conocimiento de que el comportamiento que se realiza está proscrito por el derecho penal, es deslindado del dolo y es concebido como un elemento de la culpabilidad.

JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, asimismo no basta tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos.

(Exp. N.º 132-98, de 20-05-1998. Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima).

1. Error de tipo como cara negativa del dolo

El error de tipo en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible (siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate [confusión propia del tipo delictivo])[112].

RECUERDA

EL ERROR DE TIPO no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo.

112 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa.

En síntesis: el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica; y cuando sea invencible elimina también toda posibilidad de tipicidad culposa).

2. Clases de dolo

a. Dolo directo

También llamado dolo de primer grado. Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados.

EJEMPLO

Juan decide matar a Diego por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y le dispara al corazón.

b. Dolo indirecto

Es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica.

EJEMPLO

Roberto quiere dar muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario.

c. Dolo eventual

Es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Cuando el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que este es de probable producción. El sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él, asume el riesgo[113] (acepta el resultado).

EJEMPLO

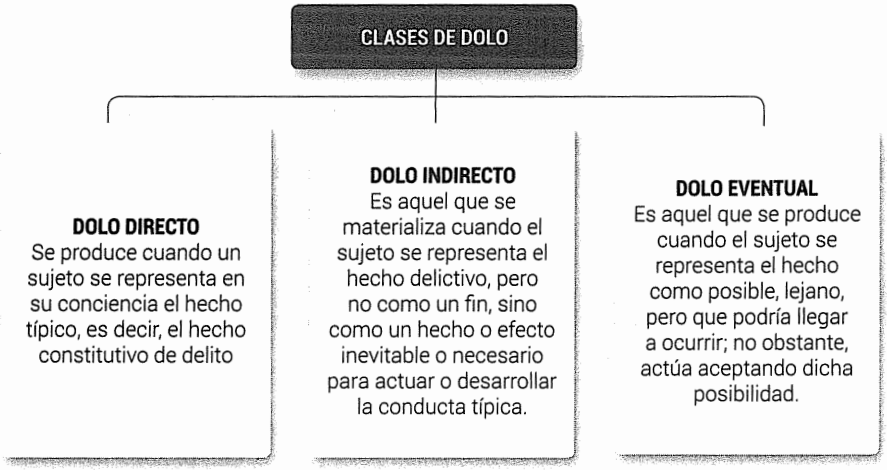
- La persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza.
- Un delincuente ha decidido asaltar un banco y sabe que hay un vigilante de ochenta años. Sabe también que, de amordazar este puede morir por asfixia, pese a todo lo hace y al día siguiente en los periódicos aparece la noticia de que el vigilante murió de la forma descrita.

113 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 207.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Octavo. [...] Se conoce en la doctrina como dolo eventual, aquella clase de dolo en la que el autor se representa como posible la concreción del resultado y pese a ello no se abstiene de actuar, por el contrario, se conforma con ello —teoría de la representación o de la probabilidad—. El agente sabe que el riesgo de su comportamiento es elevado, pero acepta la probable realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente persigue, al decidirse actuar, alcanza el fin propuesto, en el dolo eventual no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable ante el riesgo que importa su conducta. **Noveno.** [Está] acreditado el conocimiento por parte de los encausados (...) del peligro que representaba la instalación de una pesada grúa en un lugar inapropiado, para lo cual tuvo que utilizar durmientes de ,madera sobre los cuales apoyarse, y a pesar que uno de ellos se encontraba cediendo, decidieron continuar con el rodaje del spot publicitario, de suerte que asumieron el riesgo que ello importaba, pues lejos de rechazarlo aceptaron como probable la causación de un resultado como el producido, *lo cual evidencia que actuaron con dolo eventual*, en los términos que se tiene expuesto, lo que descarta la tesis de un accidente. Por lo tanto, sus conductas merecen el reproche social y una sanción penal.

(R. N. N.º 5083-2008-Cusco, de 20-01-2010. Sala Penal Permanente).



d. Dolo de consecuencias necesarias

También llamado de segundo grado. Es aquel que se materializa cuando el sujeto representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica. En otras palabras, el sujeto activo sabe que para realizar un hecho necesariamente tendrá que producir una consecuencia adicional que se encuentre ligada al resultado.

EJEMPLO

Roberto quiere dar muerte a Pedro, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario. En este caso, Roberto tiene dolo directo respecto de Pedro y dolo indirecto o de consecuencias necesarias respecto de los demás.

3. Presunción del dolo

El dolo no puede presumirse, hay que demostrarlo. Como pertenece al fuero interno del individuo, no es tarea fácil su deducción: de ahí los disímiles criterios de interpretación o evaluación que suelen presentarse al respecto. Las pautas más comunes para inferir son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la ejecución de la conducta punible. Las manifestaciones antecedentes, concomitantes o subsiguientes del sujeto agente, el móvil determinante de la conducta. Para el homicidio, por ejemplo, se adicionan: región anatómica vulnerada, idoneidad del arma utilizada y repetición de los golpes.

4. Error de tipo como faz negativa del dolo

El error de tipo en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de

un error vencible —y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate— (confusión propia del tipo delictivo)[114].

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia (culpa), pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa.

En síntesis: el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); siendo vencible puede haber tipicidad culposa (si existe tipo legal y si se dan los demás requisitos de esta estructura típica); y cuando sea invencible elimina también toda posibilidad de tipicidad culposa.

En nuestro Código sustantivo el error de tipo se encuentra regulado en el artículo 14, primer párrafo, el mismo que a la letra señala: "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".

Nuestra jurisprudencia ha trazado los límites del error de tipo y sus implicancias:

114 Bacigalupo Zapater, Enrique. *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999. También en Bacigalupo Zapater, Enrique. *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. [...] [El] error de tipo es el desconocimiento o ignorancia de uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo —la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad, los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo—. Paralelamente, el error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, sean descriptivos o normativos; si el agente percibió equivocadamente un elemento inteligible, que puede ser entendido sin intervención de juicios de valor, el error recaerá sobre los elementos descriptivos, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos.

(R. N. N.º 2698-2013-Ucayali, de 03-10-2013, Sala Penal Transitoria).

En lo tocante a la distinción entre error de tipo vencible e invencible, jurisprudencialmente se ha afirmado lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo, pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado por el Código Penal (error vencible); o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible).

(R. N. N.º 472-2003-Arequipa, de 28-05-2004. Sala Penal).

5. Elementos subjetivos distintos del dolo

En algunos tipos penales, por exigencia del código sustantivo, se requiere además de la existencia del dolo un elemento subjetivo adicio-

nal a este para su completa configuración típica. Estas son la tendencia interna trascendente y la tendencia interna intensificada.

a. Tendencia interna trascendente

En los tipos con elementos de tendencia interna trascendente (también llamado de finalidad relevante) se requiere que el autor persiga una concreta finalidad con su comportamiento que trasciende la conducta del tipo penal y que no es necesario alcanzar para consumar el delito.

EJEMPLO

El ánimo de lucro en el delito de hurto, que en Código Penal (artículo 185) se trasluce en la paráfrasis "para obtener provecho".

b. Tendencia interna intensificada

De otro lado, los tipos de tendencia interna intensificada se caracterizan porque el comportamiento del autor se realiza con una específica intención que refuerza o intensifica al dolo primigenio.

EJEMPLO

El asesinato por placer (artículo 108.1 CP) o el asesinato con gran crueldad (artículo 108.3 CP).

Asimismo, es menester acotar que parte de la doctrina y la jurisprudencia señala que para la configuración de algunos tipos penales referidos a delitos contra el honor —por ejemplo, injuria o difamación— se requiere además del dolo cierto elemento subjetivo tal como el *animus injuriandi o animus difamandi.*

II. LA IGNORANCIA DELIBERADA O CEGUERA VOLUNTARIA *(WILLFUL BLINDNESS)*

1. Acercamiento conceptual

Muchas veces y ante circunstancias —motivadas por diversas razones— que nos impone la vida en la sociedad posindustrial de los tiempos que corren preferimos no saber, deseamos no saber ni estar enterados de las consecuencias que pudieran ocurrir a nuestro alrededor. Muchas veces apagamos la luz de nuestra mente para no conocer algo que podíamos y debíamos saber.

Muchas veces anhelamos que el fuego de Prometeo no ilumine nuestra conciencia —según la mitología griega— o no haber comido del fruto del árbol del conocimiento del bien y el mal —según el mito adámico de tradición judeocristiana—.

Ese deseo por el *no saber* o por el *no conocer* es contrario a la naturaleza humana misma. Como ya lo dijera Aristóteles en la *Metafísica*, el ser humano desea por naturaleza saber[115], es un *bios theoretikos* —una vida proclive al conocimiento—. Sin embargo, en algunas ocasiones deseamos ir en contra de nuestra naturaleza motivados por fines económicos o por alguna ventaja o para evitarnos algún sufrimiento. Muchas veces, inclusive, provocamos nuestra propia ceguera —cerramos los ojos— ante una realidad palmaria, muchas veces nos decimos a nosotros mismos "mejor no saber". Muchas veces somos "ignorantes deliberados" o "ciegos voluntarios".

A fin de brindar algunos ejemplos sobre casos sin relevancia penal en los que nos colocamos en un estado de ignorancia deliberada o ceguera voluntaria. Veamos un caso que cita Ragués[116]:

---

115 Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber. El placer que nos causan las percepciones de nuestros sentidos son una prueba de esta verdad. *Metafísica* Libro Primero, A, 980a- 993a.

116 Ragués i Vallès, Ramon. "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia de-

EJEMPLO

Un estudiante sabe que las notas del último examen se publicarán el viernes, pero prefiere no consultarlas hasta el lunes para no echar a perder el fin de semana si los resultados son malos; un cónyuge sospecha que el otro le es infiel, pero decide no investigar por temor a confirmar sus sospechas; un alpinista debe caminar en su ascensión junto a un profundo precipicio y prefiere no mirar al lado por miedo a no tener valor suficiente para cruzar.

Ahora, y en lo que para el presente trabajo interesa, existen casos de importante y trascendente relevancia penal, es decir, supuestos en los cuales el sujeto provoca o prefiere mantenerse en ignorancia ante aquello que puede y debe conocer. Otros casos[117]:

EJEMPLO

- El testaferro profesional que, a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores.
- El sujeto que, para evitarse problemas, da instrucciones a sus empleados de que rechacen la entrega de cualquier tipo de notificación futura que pueda provenir de la administración.
- Quien recibe una importante cantidad de dinero a cambio de transportar una maleta a otra ciudad y prefiere no preguntar exactamente qué es lo que se aloja en el interior.

Casos como el de Lionel Messi quien prefería no saber nada sobre cómo llevar sus cuentas con la administración tributaria —señalando— que de ello se encargaban sus abogados y fundamentalmente

liberada en derecho penal", en *Discusiones*, Vol. 13, N.º 2, Barcelona, 2013, p. 11.

117 Ragués i Vallès, "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal", cit., pp. 11-12.

su padre[118]. Similar argumento al que esgrimía Cristiano Ronaldo quien refería que el sólo se dedicaba a "jugar fútbol" y del pago de sus impuestos y su forma de tributación se encargaban sus asesores; o el caso de la Infanta Cristina de Borbón (hermana del Rey de España) quien decía no estar enterada de lo que escribía y descargaba responsabilidad en su esposo (Iñaki Urdangarin), caso conocido como "Manos limpias" o "caso Nóos"[119].

En todos estos casos y muchos otros que se presentan en la realidad dada las sofisticadas formas de criminalidad contemporánea y su gran complejidad en tanto a su conformación o actuación no pueden ser resueltos por las clásicas formas de imputación subjetiva a título de dolo o culpa. A saber, la criminalidad económica o empresarial, el crimen organizado y los delitos de alta corrupción en la función pública supone que muchos de sus partícipes no quieran saber sobre el actuar de otros, prefieren permanecer en el anonimato frente a terceros y entre ellos mismos. Prefieren no saber para no responder penalmente.

---

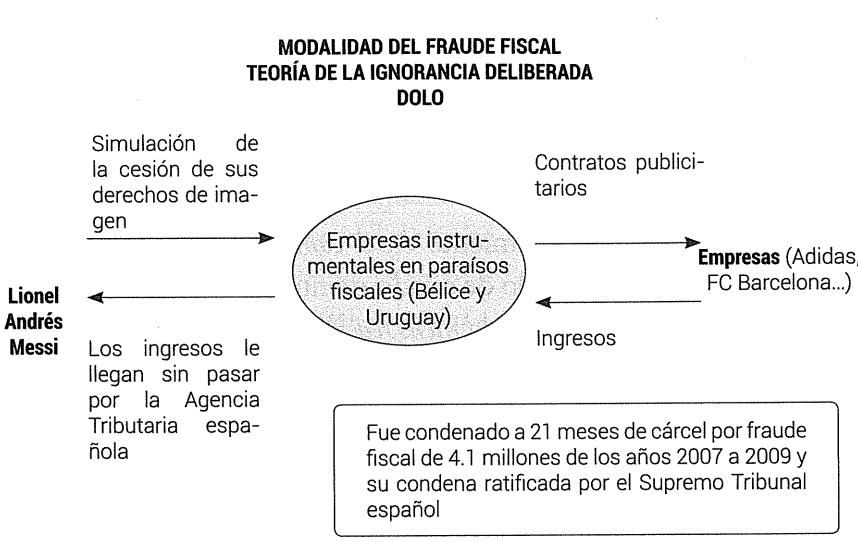
118 Caso concluido por la Sentencia N.º 374/2017 de 24 de mayo de 2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español. La Sala Segunda del Tribunal Supremo confirmó la condena de 21 meses de prisión y multa de 2.093.000 de euros impuesta al jugador del FC Barcelona Leo Messi como autor de tres delitos contra la Hacienda Pública cometidos en sus declaraciones del IRPF de 2007, 2008 y 2009 en los que defraudó a Hacienda 4,1 millones de euros de los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen.
La sentencia rebaja de 21 a 15 meses de prisión la pena impuesta a su padre, como cooperador necesario, al apreciar la atenuante de reparación del daño por la devolución a Hacienda por parte de su hijo del dinero defraudado. Se cuestiona que los asesores del jugador hayan sido excluidos de la acusación.

119 Caso concluido por la Sentencia N.º 277/2018 de 8 de junio de 2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En este caso se absolvió a la Infanta Cristina de Borbón sin analizar el tipo subjetivo —ni el argumento de la ignorancia deliberada— de los delitos imputados y solo se le condenó como responsable civil a título lucrativo de los delitos de malversación de caudales públicos y de fraude a la Administración por los que ha sido condenado Iñaki Urdangarín por el monto de 136.950 euros, aunque sí se condenó al señor Urdangarin y otros coacusados.

Así, en el derecho penal contemporáneo, se pone especial énfasis en los casos de lavado de activos, narcotráfico, evasión tributaria, daños al medio ambiente, violación de copyright a través de páginas de descarga de internet, terrorismo, participación criminal, etc. Con frecuencia, en estos casos, los imputados niegan su responsabilidad señalando que ellos desconocen lo que ocurre y alegan que prestan cooperación solo para acciones irreprochables[120]. Cabe precisar que la ignorancia deliberada no se limita a estos delitos, sino que conforme vaya avanzando la tecnología y la investigación, se puede hallar en más.

En este sentido, y dado el estado de cosas actual importa analizar la doctrina de la ignorancia deliberada, su evolución histórica, la discusión doctrinaria en torno a ella y su conceptualización, su recepción y acogida en la jurisprudencia, su fundamento dogmático dentro de la estructura de la teoría del delito y la viabilidad (y sobre todo necesidad) de su aplicación en los casos de criminalidad contemporánea de alta complejidad.

120 Manrique, María. "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", en *Isonomía* N.º 40, Córdoba, 2014, p. 166.



2. Evolución histórica

• La ceguera voluntaria en el derecho inglés

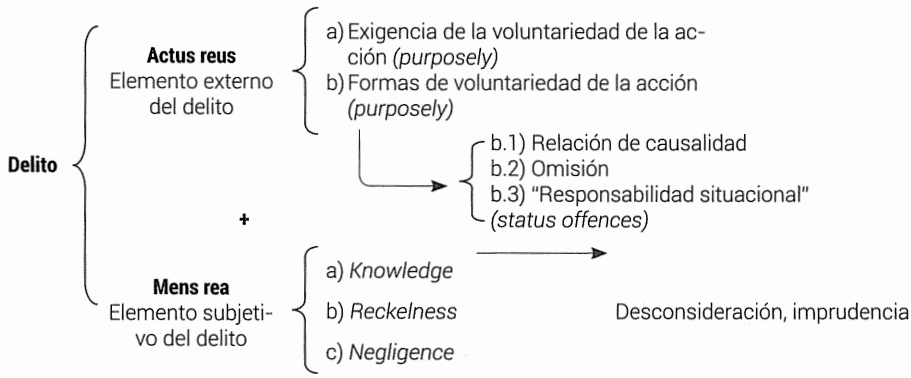
La doctrina de la ceguera voluntaria[121] o *Willful Blindness* se remonta a la Inglaterra de fines del siglo XIX (1861) al caso *Regina vs Slepp*. Los hechos fueron los siguientes: Se acusaba a un ferretero de apellido Slepp de malversación de bienes del Estado por poseer provisiones navales marcadas con la flecha ancha en violación de la Ley de Malversación de Almacenes Públicos de 1697, un delito que requería que el acusado tuviera conocimiento de que los bienes era propiedad del gobierno.

El jurado que lo juzgó en primera instancia lo condenó por un delito de malversación. Sin embargo, en la apelación realizada por el señor Slepp, el Juez Willes revocó la decisión refiriendo que el jurado no encontró que el hombre supiera que las provisiones estuvieran marcadas como propiedad del gobierno o que voluntariamente se hubiese abstenido de adquirir ese conocimiento. De dicho razonamiento

121 Que posteriormente fue denominado en el derecho euro-continental como "ignorancia deliberada".

se deducía que si hubiese existido suficiente evidencia de que el señor Slepp había cerrado sus ojos de manera voluntaria al hecho de que el artículo era contrabandeado hubiera podido ser declarado culpable del delito de malversación[122].

Este es el primer pronunciamiento en el *common law* en el cual se advierte que es posible un grado de estado mental inferior al conocimiento para satisfacer los requisitos de la *mens rea*[123], llegándose a interpretar que la abstención deliberada de conocer pudiera ser equiparada al conocimiento, sin la necesidad de requerir un conocimiento real y actual.



122 Fernández, Luis. *Aproximaciones al concepto de Willful Blindness y su tratamiento en criminal law.* Universitat de Barcelona, Barcelona, 2018, p. 126.

123 La *menos real* es para el derecho del *common law* lo que la tipicidad subjetiva para el derecho de corte euro-continental.

Posteriormente, la doctrina del *willful blindness* se viene afianzando en el derecho inglés. A saber, en el caso *Bosley vs Davies* (1875)[124] y el caso *Elliot vs Osborne*[125].

Al día de hoy, la teoría de la ceguera voluntaria o *willful blindness* se ha afianzado en la casuística del derecho inglés y ha recibido diversas denominaciones para referirse lo mismo, por ejemplo: "cierre voluntario de los ojos" (*willful shutting of the eyes*), "abstención deliberada de averiguar" (*purposely abstaining from ascertaining*) y "abstención voluntaria de conocer" (*wilfully abstaining from knowing*).

• La ceguera voluntaria en el derecho de los Estados Unidos

El primer acercamiento en la casuística del derecho norteamericano data del proceso federal *United States vs Houghton* (1882), en el cual el tribunal rechazó el "gran malentendido" de que una persona pueda cerrar sus ojos cuando le plazca frente a todas las fuentes de información y luego excusarse en su ignorancia alegando no haber visto nada. En otro caso, *People vs Brown* (1887) —a los acusados se les imputó procurar evidencias falsas— aquí el juez de la causa instruyó al jurado en los siguientes términos: "Al parecer existe una idea generalizada de que a nadie le es exigible más conocimiento del que se elige tener, que le está permitido cerrar los ojos a todas las fuentes de información y luego excusar su ignorancia alegando que no se vio nada. Si existen los medios para determinar el verdadero estado de

124 En este caso —el de un hotelero que afirmaba no tener conocimiento que en su hotel se realizaban actividades ilegales— se señaló que el conocimiento actual en el sentido de ver o escuchar por parte del imputado que se lleva a cabo la actividad ilegal en sus dependencias no es necesario, pero que debe existir al menos una circunstancia a partir de la cual se pueda colegir que él o sus dependientes se habían confabulado o actuado en connivencia con la actividad ilícita.

125 Aquí se le imputó el maltratar y torturar cruelmente a un buey.

los hechos mediante el ejercicio de una diligencia ordinaria, existe la obligación de hacerlo"[126].

Luego de ello, en el caso *Spurr vs United States* (1899)[127], la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tiene un acercamiento hacia la doctrina del *willful blindness,* aunque sin usar esta terminología como tal. En este caso se le instruyó al jurado si encontraba que el imputado se había cerrado los ojos al hecho e intencionalmente se había abstenido de investigar e indagar con la finalidad de evadir conocimiento.

- ***United States vs Jewell* (1976): *leading case* sobre la ceguera voluntaria**

Este caso es con el que se afianzó la doctrina de la ceguera voluntaria en el derecho norteamericano y donde se fijó y pergeñó de manera más detallada el concepto de *willful blindness.* Los hechos de este caso fueron: Jewell rentó un automóvil con un amigo. Viajaron a México y una vez en Tijuana fueron abordados por un extraño de nombre Ray, quien les preguntó si querían comprar marihuana, oferta que rechazaron. Empero, después Ray les ofreció pagarles la suma de cien dólares por manejar un vehículo desde Tijuana hasta los Ángeles, oferta que aceptó Jewell sospechando que había "algo extraño", pero que al revisar el vehículo no encontró nada. Su amigo manejó el vehículo rentado y Jewell se encargaría de manejar el automóvil entregado por Ray.

En una inspección vehicular realizada en la frontera fue descubierta, en un compartimento secreto entre el baúl del vehículo y el asiento trasero, la cantidad de ciento diez kilos de marihuana, a lo que Jewell

126 Fernández, *Aproximaciones al concepto de Willful Blindness y su tratamiento en criminal law,* cit., p. 130.

127 En este caso se le imputó al señor Spurr el certificar cheques girados de una cuenta sin fondos, que según la legislación de aquel entonces requería que fuera con intención.

alegó que no tenía conocimiento de estar transportando esa sustancia a los EE. UU. Se llegó a encontrar evidencia circunstancial que, si bien Jewell reclamó no tener conocimiento positivo sobre el contenido del comportamiento, fue porque deliberadamente evitó adquirir el conocimiento en su ánimo de escapar a una eventual condena en caso de que las drogas fueran descubiertas. Asimismo, se demostró que Jewell había indicado a un agente de la DEA que había pensado que había algo raro o ilegal en el vehículo; asimismo, declaró en juicio que había visto el compartimento secreto en el baúl pero que no había investigado[128].

La justicia condenó a Jewell, pues se habría demostrado que "a sabiendas" introdujo sustancias prohibidas a los EE. UU. En este caso se instruyó al jurado en el sentido de que el término "a sabiendas" (*knowingly*) significa voluntaria e intencionalmente y no por accidente o error inocente. Asimismo, se dijo en el proceso que será suficiente la carga de la prueba con que se acredite que la ignorancia del acusado —en el supuesto que realmente desconocía que había marihuana en su vehículo— se debió únicamente al resultado de haberse hecho un propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que estaba siendo transportado dentro del vehículo, con el propósito consciente de evadir el conocimiento de la verdad.

La Corte de Apelación confirmó la decisión estableciendo que la premisa de la instrucción brindada al jurado en primera instancia era doctrina consolidada en Inglaterra como EE. UU. y que la justificación de fondo de esta regla es que la *willful blindness* (la ceguera voluntaria) y el conocimiento positivo son igualmente culpables, concluyendo que si se entiende la *willful blindness* como una defensa disponible "no puede ponerse en dudas que todos aquellos que

128 Fernández, *Aproximaciones al concepto de Willful Blindness y su tratamiento en criminal law,* cit., p. 135.

trafiquen con drogas sacarían el máximo partido de ella", finalmente refieren que el conocimiento (*knowledge*) incluye tanto el *willful blindness* como el conocimiento positivo.[129]

El desarrollo histórico que ha tenido la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria (*willful blindness)* en el derecho inglés y norteamericano ha permitido resolver aquellos casos que de otra manera quedarían en la impunidad por no satisfacer las exigencias de la *mens rea* (la tipicidad subjetiva del derecho anglosajón) ni el *knowledge* que normativamente se contemplaba para la comisión de tipos penales. En efecto, casos como el de *Jewell* y muchos otros en torno al tráfico de drogas y crimen organizado no podrían solucionarse bajo parámetros estáticos y ortodoxos de la *mens rea* y sus clásicas —que no vetustas— formas de comisión delictiva.

En la actualidad, la doctrina del *willful blindness* es absolutamente pacífica en el derecho norteamericano y en los casos en los que se pueda deducir que el acusado haya buscado beneficiarse de su ignorancia, el juez instruye al jurado en el sentido de que la ceguera autoprovocado ante los hechos es equivalente al conocimiento actual y positivo y satisfaría las exigencias de la carga de la prueba del *prosecutor.*

3. Discusión doctrinaria de la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria en el derecho de corte eurocontinental

• Ignorancia deliberada y dolo eventual

Algunos autores señalan que sería innecesaria recurrir a la doctrina de la ignorancia deliberada pues en el derecho eurocontinental de raigambre germánica contamos con la figura del dolo eventual. En este parecer —según describe Ragués— los sistemas continentales de

129 Fernández, *Aproximaciones al concepto de Willful Blindness y su tratamiento en criminal law,* cit., p. 136.

influencia germánica —como la mayoría de los latinoamericanos o el español— supuestos como los descritos, en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, suelen reconducirse a aquella modalidad de dolo denominada "dolo eventual" pues, pese a su renuncia a conocer, en tales casos el sujeto cuenta ya con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo[130].

Consideramos como errada y va de suyo insuficiente la reconducción de los casos de ignorancia deliberada a la forma clásica de dolo eventual[131]. Por ejemplo, es posible afirmar que existe dolo eventual en aquellos casos donde si bien el autor no quiere, ni persigue el resultado típico, sí prevé o se representa como posible o probable la realización del mismo y pese a ello, no desiste de su conducta.

De allí que, aun para la modalidad menos intensa de las formas dolosas de imputación subjetiva, como es el caso del dolo eventual, existe un verdadero acuerdo doctrinario en reclamar, a modo de *conditio sine qua non*, un cierto grado de conocimiento respecto de los diversos elementos configurativos del tipo penal[132].

En atención a ello, sostener una imputación subjetiva a título de dolo eventual para aquellos casos donde ese conocimiento directamente no existe, ni aun siquiera bajo la frágil corteza de la representación de una eventualidad de posible o probable ocurrencia resulta equivocado pues en la ignorancia deliberada el sujeto no se representa —como estándar mínimo de conocimiento— el peligro ni mucho menos acepta tal peligro. Antes bien, el sujeto voltea la mirada hacia otro lado para no

130 Ragués i Vallès, "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal", cit., p. 17.

131 Sea cual fuere la teoría que sobre el dolo eventual se asuma.

132 Spangenberg, Mario. "La ignorancia responsable en Aristóteles. Una solución al atolladero dogmático penal en los casos de ignorancia deliberada", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* N.º 11, Montevideo, 2017, p. 64.

saber ni enterarse del peligro; *ergo*, ninguna de las teorías sobre el dolo eventual satisfacen las particularidades características de la ignorancia deliberada. Además, los que sostienen que la ignorancia deliberada y el dolo eventual son figuras equivalentes no advierten que lo esencial en la ignorancia deliberada es el desconocimiento provocado, el no querer saber lo que se puede y debe saber y a través de ello configurar y construir su propia eximente de responsabilidad penal.

- **Ignorancia deliberada como inversión de la carga de la prueba**

En la doctrina colombiana se le da a la ignorancia deliberada el tratamiento de una forma de inversión de la carga de la prueba, esto es, compete al que arguye el desconocimiento acreditar que este no fue autoprovocado y en caso no lo pudiera hacer habrá de responder penalmente por el desconocimiento autoprovocado y la infracción de los deberes de ciudadano de "saber" lo que hace.

4. Críticas a la teoría de la ignorancia deliberada

Existen algunas críticas por un sector de la doctrina a la ignorancia deliberada; de un lado se suele decir que "se trata de una doctrina que castiga con la pena del delito doloso saltándose las exigencias legales para tal modalidad delictiva"[133]. Sin embargo, este argumento es de fácil refutación pues resulta claramente equivocado el afirmar que la ignorancia deliberada sea una modalidad de error, pues el que no quiere saber no está en una situación de error pues para errar hay que querer saber. Así el que quiere saber y no adquiere conocimiento se equivoca, pero el que no quiere saber no está en situación de error.

133 Esta crítica señala que aquel que actúa por ignorancia deliberada se encuentra bajo cierta modalidad de error. Véase Feijoo, Bernardo. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", en *InDret Penal*, N.º 3, Barcelona, 2015, p. 6.

De otro lado, también se critica que "se trata de una teoría de claras connotaciones versaristas. Porque al que se le condena por no querer saber se le puede hacer responsable de todas las consecuencias de tal decisión, hasta de las más imprevisibles[134]". Y se suele citar el siguiente ejemplo: en el doble fondo de una maleta se encuentra una bomba para eliminar a miembros de otra organización en el transcurso de una operación de tráfico de drogas, lo cual es desconocido por el que lleva por un precio la maleta, a pesar de que es consciente, dadas las circunstancias, de que está transportando algo prohibido. Si se quiere ser consecuente con la literalidad de la teoría, se debería imputar al que se prestó a trasladar la maleta todas las muertes que deriven de la explosión como homicidios o asesinatos. Este ejemplo, si bien es cierto es creativo no abona en contra de la teoría de la ignorancia deliberada en sí. Por el contrario, abona a favor pues permite explicar el concepto de ignorancia deliberada. Así las cosas, pues si bien es cierto el sujeto que llevó la maleta podría suponer que en esta podría hallarse armas, drogas, dinero, etc., y difícilmente podría imaginarse que había una bomba, pues de pensar en ello no hubiera aceptado el encargo —salvo que fuera un suicida o kamikaze, algo improbable—. Sin embargo, a lo que la teoría de la ignorancia deliberada interesa es el evitarse conocer sobre la naturaleza ilícita, independientemente del ilícito que se pueda cometer como se desarrollará a detalle más adelante pues uno de los requisitos de la ignorancia deliberada es que el sujeto infrinja una incumbencia —*ex ante*— de procurarse conocimientos, los mismos que podía y debía poseer; siendo que la infracción de esta incumbencia (el desconocimiento provocado) está relacionado a la existencia de un posible injusto, independientemente de la naturaleza del injusto[135].

---

134 Feijoo, "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", cit., p. 7.

135 Esto diferencia —nuevamente— a la ignorancia deliberada del dolo eventual; en el dolo eventual te representas cual es posible injusto que podría acaecer, en cambio,

Otra crítica, desde el ámbito procesal, es que la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada supone una vulneración al principio de presunción de inocencia pues implicaría un relajamiento de la prueba del dolo.

A saber, señala Feijoo: la "teoría de la ignorancia deliberada" permite eludir la prueba de la responsabilidad subjetiva y las exigencias desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia con respecto a los elementos subjetivos del delito que se han ido construyendo jurisprudencialmente. La imputación se basa en una valoración sin soporte fáctico real que da lugar a una inversión de la carga de la prueba: el que es responsable de su desconocimiento en un contexto de clandestinidad o de legalidad dudosa responde dolosamente de lo que suceda en dicha situación a no ser que pruebe que no fue por falta de interés o por una grave indiferencia. Las acusaciones dejan de tener que asumir la carga probatoria de indicios en la medida en la que se abren las compuertas a la posibilidad de condenar por dolo si no hay contraindicios. De esta manera, se trata de una institución que permite la condena por dolo sin tener que probarlo con respecto al hecho típico, sino sólo la existencia de una provocación voluntaria de una situación de ceguera[136].

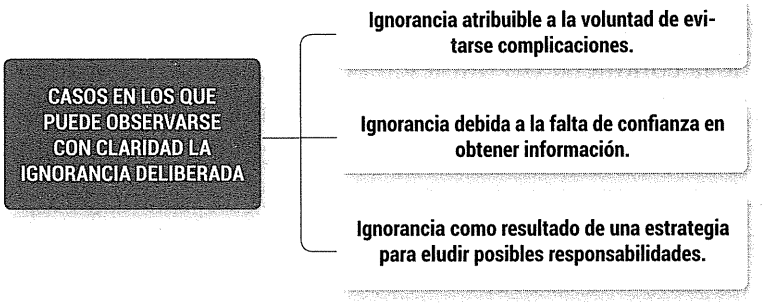
Consideramos que no existe un relajamiento de la prueba del dolo pues en principio incurre en una clara contradicción lógica, no se puede probar aquello que es ¡imposible probar! —el propio concepto de ceguera voluntaria implica que el conocimiento no existe por una autoprovocación de desconocimiento del ciego voluntario—. Antes bien, la prueba debe estar enfocada a la forma sobre cómo y por qué se generó la ceguera ante los hechos, esto es, una prueba *ex ante* del

---

en la ignorancia deliberada dado que hay un desconocimiento provocado no es posible representarse claramente el injusto,

136 Feijoo, "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", cit., p. 8.

momento de imputación ordinario del delito que se centre en las motivaciones del desconocimiento provocado.



5. Concepto de ignorancia deliberada o ceguera voluntaria

Existe cierto consenso en la doctrina sobre lo que debe entenderse sobre ceguera voluntaria[137]. Señala Feijoo: "Se entiende que el sujeto que provoca deliberada o intencionadamente su propia ceguera, porque le interesa para facilitar o hacer más cómoda su decisión moral, es tratado como el que realiza el hecho delictivo de forma intencionada o deliberada. Se trata, formulado en términos dogmáticos más clásicos, de un supuesto de *actio libera in causa* o de imputación extraordinaria"[138].

De otro lado, refiere Ragués que el ignorante deliberado: "Realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia pro-

137 Las discrepancias radican en sus consecuencias, en su uso adecuado, o sobre sus diferencias con el dolo eventual, etc.

138 Feijoo, Bernardo. "Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en derecho penal", en *Discusiones*, Vol. 13, N.º 2, Barcelona, 2013, p. 105.

longada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades..."[139].

Así, podría sostenerse que está justificado reprochar la ignorancia deliberada: (i) hubiesen tenido sospecha previa acerca de la naturaleza ilícita de la conducta, (ii) hubiesen persistido a lo largo del tiempo en su decisión de desconocer los hechos, (iii) hubiesen pretendido evitar a partir de su desconocimiento la atribución de responsabilidad y (iv) hubiesen pretendido obtener beneficios sin asunción de riesgos propios[140].

Posteriormente, y en similar sentido, el profesor Ragués, en una conferencia brindada en la ciudad de Lima[141], refiere que son tres los requisitos para hablar de ignorancia deliberada. Estos son: a) la capacidad del sujeto de abandonar dicha situación —de ignorancia— en caso de haber querido hacerlo, b) el deber de procurarse dichos conocimientos, c) que el sujeto se beneficie de la situación de ignorancia que él mismo buscaba.

Ragués cita[142] algunos casos en los que puede observarse con claridad la ignorancia deliberada, a saber:

i) *Ignorancia atribuible a la voluntad de evitarse complicaciones.* Este caso —según Ragués— no podría equiparse al dolo, pues es un caso de "pereza del sujeto activo".

---

139 Citado por Manrique, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", cit., p. 178.

140 Manrique, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", cit., p. 178.

141 Conferencia Internacional "La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal" del 20 de junio de 2019, organizada por el Poder Judicial.

142 Ragués i Vallès, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal,* Atelier, Barcelona, 2007, p. 191; Rebolledo Latorre, Lorena. "La ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas", en *Revista Jurídica del Ministerio Público,* N.º 61, Santiago de Chile, 2014, p. 172.

EJEMPLO

Un conductor que, pese a notar algo extraño en el sistema de frenado decide no acudir al taller, y en su lugar prioriza descansar en su hogar, este supuesto, de ocurrir un accidente mortal será apreciado a título de imprudencia.

ii) *Ignorancia debida a la falta de confianza en obtener información.* Se trata de aquel sujeto que renuncia a investigar por no confiar en obtener la información que necesita.

EJEMPLO

El caso del testaferro que decide aceptar el cargo de administrador de una sociedad, a cambio de dinero, y que no realiza averiguaciones acerca de la sociedad como tampoco consulta al contratante del objeto de la misma, pues está seguro que no obtendrá la verdad de este. En este caso el sujeto posee conocimientos previos, que moverían a cualquier persona a no aceptar el encargo, para no cometer una ilicitud. En segundo lugar, la decisión la mantiene durante un tiempo no insignificante y, por último, el sujeto se beneficia económicamente sin asumir riesgos propios, y cuenta con una defensa: alegar la falta de conocimiento.

iii) *Ignorancia como resultado de una estrategia para eludir posibles responsabilidades.* Es el sujeto que renuncia a adquirir determinada información para así contar con una alegación que le exonere de responsabilidad si llega a infringir alguna norma o a lesionar algún interés valioso socialmente.

EJEMPLO

Nos encontramos con el directivo que dispone una estructura que impide que le llegue la información que pueda ser perjudicial para él.

Por otra parte, señala Manrique: en los casos más graves de ignorancia deliberada el agente pretende aprovecharse de la figura del desconocimiento, la cual es una excusa (en sentido amplio) que transforma en permitidas conductas que en general están prohibidas, para poder realizar el comportamiento delictivo sin que se le atribuya responsabilidad[143].

Es importante señalar la postura de Jakobs, para lo que él considera "ceguera ante los hechos", que para algunos autores es una forma de ignorancia deliberada. Así: "La indiferencia respecto al derecho, que de ordinario se traduce *sólo* como ignorancia de la ilicitud, puede derivar también en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo".

Jakobs afirma asimismo que el conocimiento del tipo o de la ilicitud es significativo porque expresa una actitud de deslealtad hacia el derecho. Sin embargo, dichas formas de manifestación no son las únicas posibles, una vez probada la ausencia grave de datos fundamentales para la toma de decisiones, podría eventualmente corresponderse una condena dolosa, puesto que dicha actuación expresaría indiferencia voluntaria hacia el derecho[144], esto es, la infidelidad con el derecho.

En conclusión, podemos definir a la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria (*willful blindness*) como aquella situación en la que un sujeto prefiere no conocer (de diferentes maneras dada la complejidad de la criminalidad contemporánea) para evitar las posibles consecuencias penales de su actuar y tener una excusa de irresponsabilidad penal. De esto se sigue que el ignorante deliberado prefiere no saber, no le interesa saber o provoca su desconocimiento para tener un manto de impunidad ante una investigación y eventual sanción

143 Manrique, "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", cit., p. 190.

144 Huergo, María. *Reflexiones en torno de la doctrina del willful blindness y su posible recepción en Argentina.* CIIDPE, Buenos Aires, 2010, p. 7.

penal. Asimismo, bastará que la ignorancia esté conexa a un injusto penal sin necesidad que se sepa que peligro en concreto o qué bien jurídico se lesione.

6. La recepción de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia española

La teoría de la ignorancia deliberada ha tenido recepción en el derecho eurocontinental a partir y —fundamentalmente— en los pronunciamientos del Tribunal Supremo español (en adelante TSE). La jurisprudencia —sumamente— mayoritaria del TSE y la de las audiencias provinciales de ese país viene utilizando esta teoría para delitos relacionados con el tráfico de drogas, defraudación tributaria, crimen organizado, lavado de activos y criminalidad económica, etc.

Así, la primera sentencia que adoptó esta teoría es la STS 1637/1999 se hace referencia a que el autor "se pone en situación de ignorancia deliberada". Ese pasa a ser el momento decisivo para decidir si el autor ha de ser castigado y cuál es la pena que le corresponde. Con posterioridad, esta doctrina se ha reiterado en resoluciones, como las SSTS de 16-10-2000 o 22-5-2002 (ponente Giménez García), relativa esta última a un caso en el que el acusado alegó desconocer la cantidad exacta de droga que transportaba. Tras estos tres primeros pronunciamientos, ya en el auto del Tribunal Supremo español de 4 de julio del 2002 (ponente Martínez Arrieta) se sostuvo que la ignorancia deliberada era "doctrina consolidada de esta Sala" en relación con aquellos casos de acusaciones por tráfico de drogas "en los que el acusado argumentó desconocer el contenido de unos envases que transporta".

Según el TSE, este planteamiento se basa en la "teoría del asentimiento", "que viene a centrar la esencia del dolo eventual en que el

agente si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar". Con todo, si bien la voluntad de no confirmar sus sospechas por parte del sujeto activo era inicialmente considerada por el TSE solo como un indicio del llamado elemento volitivo del dolo eventual ("aceptación", "asentimiento" o "indiferencia"), progresivamente la doctrina de la ignorancia deliberada ha ido cobrando "vida propia", hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones posteriores —de forma más o menos explícita— que en estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso[145].

Así las cosas —refiere el profesor Ragués—, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la figura tradicional del dolo a efectos punitivos. O, si se quiere ver de otra manera, el dolo se ha ampliado a casos que no requieren el elemento cognitivo tal como este último se había perfilado tradicionalmente. En tal sentido cabe citar la STS de 19 de enero de 2005 (ponente Giménez García), en la que, como se desprende del siguiente pasaje, la ignorancia deliberada pasa a convertirse explícitamente en un auténtico sustituto del dolo eventual: "La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna solo podría verificarse —salvo improbable confesión— por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse «el mundo de la droga». Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de mayo (...) entre otras, precisando en la

145 Ragués i Vallès, "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal", cit., p. 22.

jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir que quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar"[146].

Otro importante pronunciamiento sobre ignorancia deliberada, en donde se aborda su necesidad y se delimita sus requisitos o características es en la STS de 2 de febrero de 2009 (ponente Marchena Gómez), en la que se afirma: "(...) la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, siquiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior —prevista para las infracciones imprudentes— o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada. De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: **1º** Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta,

146 Ragués i Vallès, "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal", cit., p. 23.

nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido. **2º** Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal. **3º** Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal".

Así también, en reiterada jurisprudencia, el TSE ha señalado en referencia a la ignorancia deliberada: "quien por su propia decisión asume una situación debe asumir las consecuencias de un delictivo actuar" y "el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido"[147].

Asimismo, el TSE ha referido en basta jurisprudencia que existe ignorancia deliberada cuando "al agente le resulta absolutamente indi-

147 Cfr. SSTS 359/2008, de 19 de junio; 446/2008, de 9 de julio; 464/2008, de 2 de julio; 440/2011, de 25 de mayo; 1044/2011, de 11 de octubre; 157/2012, de 7 de marzo; 821/2012, de 31 de octubre.

ferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad". Así también cuando "a quien pudiendo y debiendo conocer algo no lo conoce y, sin embargo, presta su colaboración". De tal manera que "quien no quiere saber que aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna", de tal manera que "existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas"[148].

Además también se ha señalado en Auto Penal N.º 433/2007, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 11132/2006 de 28 de febrero de 2007: "De acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar (SSTS nº 465/2.005, nº 420/2003 y nº 946/2002, entre otras). Muy recientemente ha recordado también la STS nº 97/2007, de 12 de febrero, que incumbe a quien lleva a cabo una acción despejar las dudas que puedan surgir acerca de la verdadera naturaleza y contornos de su misma estructura o, en otras palabras, que "quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando (...)".

Además, en España la teoría de la ignorancia deliberada también ha tenido recepción a nivel de Audiencias Provinciales[149] y es de mucha aplicación en los últimos años para casos relacionados al fraude tri-

148 Cfr. STS 1637/99, de 10 de enero; 1583/2000, de 16 de octubre; 946/2002, de 22 de mayo; 465/2005, de 14 de abril; 1034/2005, de 14 de septiembre; 1142/2005, de 20 de septiembre; 1410/2005, de 30 de noviembre; 1611/2005, de 26 de diciembre; 31/2006, de 13 de enero; 1004/2006, de 11 de octubre; 359/2008, de 19 de junio; 839/2014, de 2 de diciembre; ATS 501/2009, de 19 de febrero, entre otras.

149 Lo que en nuestro país serían cortes superiores.

butario, tráfico de drogas y criminalidad organizada; además de los célebres "caso Messi" y "caso manos limpias o Nóos" (ya mencionados anteriormente) podemos citar los siguientes: Sentencia Penal N.º 72/2007, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5, Rec 35/2006 de 25 de Mayo de 2007[150], Sentencia Penal N.º 549/2009, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1, Rec 65/2009 de 15 de Diciembre de 2009[151], entre otras.

7. La recepción de la ignorancia deliberada en el Perú

En nuestro país, el acercamiento a la teoría de la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria es todavía bastante tímido o embrionario,

150 En este caso se señaló lo siguiente: "(...) los hechos aquí examinados, la cantidad de sustancia aprehendida y la forma en que era transportada (camuflada en una faja adosada al cuerpo) evidencian que se trataba de droga destinada necesariamente a su transmisión a terceros y constatado el propósito de destinar la droga incautada al tráfico ilícito, concurre el elemento subjetivo del tipo aplicado. La acusada ha manifestado que desconocía cuál era el contenido de la faja, que suponía que no era algo legal, pero que no sabía si eran joyas, diamantes o drogas y que no quiso saber lo que traía. Ahora bien, esa pretendida ignorancia, invocada en apoyo de la absolución, no permite excluir la responsabilidad en el delito, ya que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, de no querer saber aquello que puede y debe conocerse (...)".

151 Así, en esta sentencia se señala: "Del expresado delito es responsable en concepto del autor Félix (...), al haber ejecutado personalmente el mismo (arts. 27 y 28 CP), teniendo la inmediata posesión de la sustancia tóxica intervenida. La defensa ha hecho alusión a que el imputado desconocía que llevará cocaína, como se ha dicho era conocedor de esta circunstancia, al menos por el mecanismo del dolo eventual, el ocultarlo en su organismo para pasar el control aduanero, acredita un conocimiento del contenido o al menos la ignorancia deliberada y no existe la impunidad en los casos de "ignorancia deliberada". La STS de 29.04.2008, refiriéndose a esta circunstancia decía que: "esta Sala ya ha declarado con reiteración la teoría de la ignorancia deliberada sobre la naturaleza de la droga. En este sentido, hemos declarado (entre otras en STS 97/2007, de 12 de febrero de 2007) que, respecto a ese desconocimiento, el Tribunal "a quo" no hace más que seguir la doctrina jurisprudencial (...)".

sin embargo, existen algunos pronunciamientos judiciales a nivel de Cortes Superiores, donde se aborda de alguna manera esta teoría:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE LORETO

1.1.3.4. (...) Por otro lado, está el poder presumir, esto es, que el agente, deliberadamente se auto-coloque en una situación de no conocer un estado antijurídico, a fin de no verse perjudicado en sus propios intereses, pero que desde el rol que desempeña puede acceder al estado de la antijuricidad, pero aun así persiste en querer desconocer; en efecto, y siguiendo a Ragués, se puede identificar tres elementos que harían que la indiferencia deje el plano de lo culposo y entre a configurar un delito doloso: a) sospecha previa, b) persistencia de la decisión de desconocer y c) persecución de beneficios sin asunción de riesgos propios y evitación de responsabilidades. *Por tanto, también actúa con dolo cuando el sujeto indiferente frente a su conducta lesiva, se guarda de riesgos que puedan poner en juego sus propios intereses*" (resaltado en el original).

(Exp. N.º 00740-2014, sobre tráfico ilegal de productos forestales y otros. Sentencia de fecha 25 de julio de 2019 emitida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal del Maynas de la Corte Superior de Justicia de Loreto).

Otro caso donde se utilizó la ignorancia deliberada, en clave de *obiter dictum* —aunque no fue a nivel de sentencia sino de auto de prisión preventiva—, fue en uno de los casos relacionados a la empresa Odebrecht:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

44. (...) Puede imputarse el conocimiento del origen ilícito, pues se ha producido la ignorancia deliberada del origen de los activos.

(Exp. N.º 00299-2017-36-5001-JR-PE-01. Caso sobre lavado de activos y otros. Resolución de 28 de enero de 2020 emitida por el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Crimen Organizado. Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

4.2.2. (...) Por último, el Colegiado tiene en consideración **que la figura de la "ignorancia deliberada"** aludida por el *a quo* en el fundamento 46 y siguiente de la apelada, cuestionada por el apelante, fue introducida al escenario jurídico actual con la promulgación del Decreto Legislativo 1106 que al configurar las modalidades típicas, incorpora la frase: "debía presumir" el origen ilícito de los bienes objeto del delito. Ciertamente dicha figura es objeto de discusión doctrinaria, existiendo posiciones que la consideran como un supuesto de culpa y otras que sostienen implicar una inversión de la carga de la prueba; empero la doctrina mayoritaria nacional la sigue considerando como supuesto de dolo eventual, pues se asume el no poder aceptar que alguien se beneficie penalmente pese a que ha buscado desconocer el carácter delictuoso de su accionar; por lo cual no quepa descalificar tal figura jurídica en este cuaderno cautelar que, como hemos adelantado en párrafos precedentes, se conforma con un juicio de probabilidad delictiva. El Colegiado considera no resultar atendible la alegación de que dicha figura haya sido utilizada por el *a quo* para evadir la actividad probatoria respecto del elemento subjetivo del tipo penal de lavado de activos, pues la valoración del material probatorio con la finalidad de demostrar la existencia o la veracidad de los hechos imputados, que justifique a su vez la condena futura, debe reservarse para una eventual etapa de juzgamiento a la que deberá llegarse con una imputación totalmente acabada y respaldada con el correspondiente caudal probatorio; no en esta etapa postulatoria donde se exige únicamente alta probabilidad de la existencia del delito (...)".(negrita añadida).

(Exp. N.º 00299-2017-36-5001-JR-PE-01. Caso sobre lavado de activos y otros. Resolución de 30 de abril de 2020 emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado. Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada)

Así las cosas, conforme a lo desarrollado es de advertir que en la jurisprudencia del TSE la recepción de la teoría de la ignorancia deliberada —entendida como aquello que se pudo y debió saber, pero no se quiso saber, se prefirió no saber— es absolutamente mayoritaria en inclusive en algunos pronunciamientos se llega a afirmar que es jurisprudencia consolidada. De otro lado este criterio también lo vienen

utilizando a nivel de las audiencias provinciales españolas de manera más o menos pacífica.

En nuestro país, la recepción de esta teoría aún viene siendo lenta pero ya existen atisbos en algunos casos a nivel de cortes superiores en las cuales se empieza a discutir y abordar esta teoría que consideramos es de suma importancia para que la dogmática penal —y su correcta utilización práctica— no se quede en el atolladero del tiempo con conceptos e instituciones estancos frente a la criminalidad organizada que avanza vertiginosamente.

8. Fundamento de la ignorancia deliberada dentro de la teoría del delito y la teoría general del derecho

En el Derecho existe un principio que data inclusive del derecho romano y que es utilizado de manera asidua. Este es *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*[152], el mismo que ha sido recogido, entre otros por la Corte Constitucional colombiana:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

6. La aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* frente a la administración de justicia

La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial. / Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que

152 Nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio.

lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél. / Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la *bona fides*, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. / Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur proprian turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la "improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio". / De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante. / Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido. / Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudniem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.).

(Sentencia T-213/08, FJ 6).

También lo hace el Tribunal Constitucional peruano:



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Asimismo, corresponde declarar que la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de Lima queda subsistente, debido a que la Sala Civil Suprema considera que carece de competencia para resolver el recurso de apelación. En efecto, el Tribunal Constitucional comparte la tesis de la Sala Civil Suprema, consistente en que es incompetente para resolver el recurso de apelación, pues la Ley N.º 26572 establecía que dicha Sala solo conoce y resuelve el recurso de casación, mas no el recurso de apelación. Este error o negligencia de la parte demandada en proponer un medio impugnatorio inadecuado (apelación en vez de casación) no puede perjudicar al recurrente, pues en el Derecho existe el principio "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*", según el cual, nadie puede

> alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto, si la parte demandada no interpuso el recurso previsto legalmente, la sentencia de la Cuarta Sala Civil de Lima queda consentida y adquiere la calidad de cosa juzgada al haber vencido el plazo para interponer el recurso de casación. (...)
>
> **(Exp. N.º 00394-2013-PA/TC, FJ 5).**

Asimismo, y en similar sentido, resulta más o menos —en términos de Kant— un *veto irrevocable de la razón práctica* que aquel que configura su propia eximente de responsabilidad no pueda beneficiarse de ella; no solo por no generar impunidad —que puede ser una razón de política criminal— sino porque se estaría privilegiando al ignorante deliberado —al que prefiere no saber— frente a aquel que mínimamente se dignó a preguntar o enterarse sobre un hecho que estaba en su esfera de conocimiento. Como refiere Silva Sánchez, "eximente provocada equivale a ausencia de eximente"[153]. En efecto, en Derecho Penal queda claro que no puede premiarse a quien creó su propia eximente, y por el contrario, se le debe sancionar. Así, tenemos, por ejemplo: el *actio libera in causa*, aquel que genera la provocación en la legítima defensa o aquel que genera un estado de necesidad (sea exculpante o justificante); en este sentido, aquel que decide no saber está preconfigurando su desconocimiento, esto es, está creando su propia eximente, y como ya se dijo antes, eximente provocada equivale a la inexistencia de eximente y, por ende, debe responder penalmente.

153 Silva Sánchez, Jesús-María. "A vueltas con la *activo libera in causa*", en *InDret Penal,* Barcelona, 2016, p. 4.

9. La ignorancia deliberada como forma de imputación extraordinaria (modelo de excepción)

En principio, podemos distinguir dos tipos de imputación: imputación ordinaria e imputación extraordinaria. El primero es el clásico modelo de imputación que se fundamenta en el momento que se desplegó la conducta y se generó el injusto; o en palabras del profesor Hruschka, una *imputatio facti*, una *aplicación legis ad factum* e *imputatio iuris*[154]. Sin embargo, existen casos en los cuales la imputación ordinaria es insuficiente por lo que se tiene que recurrir a la imputación extraordinaria. A saber, señala el citado autor: "La imputación es, por el contrario, *extraordinaria*, si en efecto concurre una tal causa de exclusión de imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor (...)"[155]. Así, Hruscka señala algunos casos en los cuales sería aplicable la imputación extraordinaria como criterio para aquellos que crearon su eximente[156]. Así, "cuando el autor hubiera podido evitar sin más la situación en la que ha quedado sometido por una *vis absoluta* o cuando el autor hubiera podido evitar sin más el error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo referido al hecho"[157].

Sobre la imputación extraordinaria, refiere Feijoo: "En España existe un sector doctrinal que mantiene una teoría de la imputación entendida en los términos de la teoría de la acción que desarrolló la filosofía moral europea especialmente en los siglos XVII y XVIII, que en Alemania ha revivido Hruschka[158]. Este sector distingue entre impu-

154 Hruscka, Joachim. *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. Rechtstheorie* 22. Munich, 1991, 350-352 pp.

155 Hruscka, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. Rechtstheorie,* cit., p. 352.

156 Señala Hruscka cuando el autor haya producido el mismo *mala fide* la situación que excluye la imputabilidad.

157 Hruscka, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. Rechtstheorie,* cit., p. 352.

158 Hruschka, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la impu-*

tación ordinaria y extraordinaria, entendida esta como un supuesto en el que excepcionalmente pueden imputarse hechos producidos por acciones no libres siempre que éstas hayan sido generadas por acciones libres[159]. Aquí, si bien es cierto se ha utilizado la imputación extraordinaria para justificar el *actio libera in causa.* Sin embargo, la concepción de esta formulación está pensada para todo aquel supuesto en el cual es sujeto se valga de una causa que anule la imputación penal.

A mayor profundidad, Sánchez-Ostiz señala: "La imputación extraordinaria opera en aquellos supuestos en los que un defecto en el sujeto impide la imputación (ordinaria). Así, en lugar de ésta, la imputación extraordinaria impide que dicho defecto excluya la responsabilidad. Se mantiene o restablece la imputación a pesar de —¿o precisamente por?— ese defecto. Es decir, hacemos *responsable al propio sujeto del defecto en cuestión.* Como modo de proceder, la idea ya estaba en autores antiguos cuando se planteaban la responsabilidad por los propios defectos, y es el ámbito propio de la imprudencia, los errores vencibles, así como la responsabilidad por la propia inimputabilidad o, de manera más general, la *actio libera in causa*, y la *omissio libera in causa*"[160].

Asimismo, este autor señala que el fundamento de la imputación extraordinaria radica en la infracción *ex ante* de una *obliegen heit*[161] con

---

tación, Aranzadi, Navarra, 2005.

159 Feijoo, "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", cit., p. 2.

160 Sánchez-Ostiz, Pablo. "Imputación e incumbencias en derecho penal", en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* N.º 24, Navarra, 2017, p. 1214.

161 Suele traducirse como "incumbencia" u "obligación para sí mismo". La utilización de este término y no el de "deber" radica en que la incumbencia es entendida como un imperativo hipotético y el deber un imperativo categórico; esto es, la incumbencia es un deber de menor grado, o de menor fuerza.

lo que el sujeto consigue generar un defecto o déficit de imputación sancionable. La intolerabilidad del defecto activa las reglas adversativas para restablecer la imputación, es decir, para mantener la imputación a pesar del defecto. Esta es la consecuencia principal de la infracción de una incumbencia. Como consecuencia de la infracción de una incumbencia, se restablece la imputación. Puesto que se trata de imperativos de carácter hipotético, la incumbencia incorpora una condición que se convierte en razón externa para actuar. Aquí no se trata del anuncio de una pena por su infracción, sino de la consecuencia de que la imputación no va a verse impedida.

Por tanto, el presupuesto de aplicación de una incumbencia rezaría así: "si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer esta y las circunstancias del caso para saber cuál es tu deber" (i), "y procura mantenerte en disposición de poder cumplirlo" (ii), que constituirían el presupuesto de la incumbencia, como norma que es; al que seguiría su consecuencia (...): "de lo contrario, se te imputará igualmente"[162].

Así, consideramos que los casos de ignorancia deliberada son perfectamente subsumibles a los casos de imputación extraordinaria (como se suele hacer en el caso del *actio libera in sua causa*) puesto que en la ignorancia deliberada el sujeto es el que se configura su propia defecto de imputación (al preferir desconocer) con la infracción de la incumbencia de lo que pudo y debió saber —y no quiso saber—; *ergo*, en clave de imputación extraordinaria el ignorante deliberado o ciego voluntario habrá de responder penalmente —a título de dolo o culpa según las peculiaridades del caso concreto— mas no puede valerse de un defecto autoprovocado —principio de *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*— para esgrimir irresponsabilidad penal. En otras palabras, el fundamento del reproche penal al sujeto subyace en la

162 Sánchez-Ostiz, "Imputación e incumbencias en derecho penal", cit., p. 1214.

infracción de la incumbencia (que se concretiza en el plano fáctico con el no querer saber); la que permite que se mantenga la imputación (extraordinaria) pese a que aparentemente existiría un supuesto de exclusión de imputación (el desconocimiento provocado).

10. Aplicación práctica de la ignorancia deliberada

La teoría de la ignorancia deliberada no solo es una elaboración dogmática —de imputación subjetiva— antes bien su importancia práctica es esencial ante la criminalidad contemporánea. Vivimos en tiempos de menor cercanía física en general —la pandemia del COVID-19 habrá de cambiar la cosmovisión de la sociabilidad— lo que implica que los delitos hoy en día se realicen *en silencio,* sin presencia personal, los líderes de las organizaciones criminales de corrupción muchas veces se encuentran dentro de las más altas esferas de la política y se valen de ella para obtener impunidad. Ante ello las formas de imputación a título de omisión impropia y dentro del desarrollo del tipo subjetivo de la ignorancia deliberada se hacen vitales para luchar contra la criminalidad de *segunda velocidad y tercera velocidad* como en su día de manera visionaria ya refirió Silva Sánchez. Una criminalidad globalizada, transfronteriza, electrónica y que utiliza grandes empresas transnacionales para obtener poder político y control de los medios de comunicación social.

Los delitos de sangre, delitos violentos o delitos naturales forman parte del pasado del derecho penal y sobre la base de ellos es que se estructuró la clásica dogmática penal, sin embargo, hoy los delitos se realizan de manera sofisticada, con alta técnica y tecnología por parte de los delincuentes y con grandes barreras de encriptación. La denominada *deep web* es de uso diario de la gran criminalidad, sobre la gran criminalidad organizada la construcción probatoria solo puede ser en clave de prueba indiciaria y en clave de imputación muchas veces en formas comisión por omisión o también —muchas veces—

en forma de ignorancia deliberada en base al fundamento dogmático expresado *supra,* e inclusive podemos encontrar en la legislación penal nacional un tipo penal que incluye a la ignorancia deliberada dentro de su construcción típica, nos referimos al delito de lavado de activos.

En efecto, el Decreto Legislativo 1106[163] que tipifica el delito de lavado de activos, en sus artículos 1, 2 y 3 refieren: v.g. el art. 1: "El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos cuyo origen ilícito conoce o ***debía presumir*** (...)"; el art. 2: "El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder, dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o ***debía presumir*** (...)"; el art. 3: "El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o ***debía presumir*** (...)" (el resaltado es nuestro).

El deber de presumir el origen ilícito ha sido interpretado de diferentes maneras por diferentes sectores de la doctrina. Algunos arguyen que es un supuesto de dolo eventual, otro sector minoritario que es un supuesto culposo o imprudente de la comisión del tipo, nosotros sostenemos que es un supuesto de ignorancia deliberada en base a los argumentos esgrimidos supra y por lo siguiente: (i) el dolo, en su forma de dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual no es necesario que se encuentre descrito como tal en el tipo penal; (ii) de otro lado, la forma imprudente sí es de *numerus clausus* pero estos están descritos de la forma "el que por culpa (...)"; más aún si conforme a la descripción del tipo el conocimiento efectivo es equiparable al "deber de presumir" y la pena es la misma, *ergo*, no se entiende que un tipo culposo pueda tener la misma pena que el delito en su forma dolosa.

163 Modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249.

De ahí la postura que sostenemos es que esta forma de realización es de ignorancia deliberada, esto es el "deber de presumir" el origen ilícito supone cerrar los ojos ante una situación que *ex ante* tiene la apariencia de ilicitud y, sin embargo, no se pregunta ni se quiere saber sobre dicho origen ilícito. En esta forma de realización del tipo el sujeto activo no quiere saber, pero puede y debe saber, no tiene conocimiento pleno del origen ilícito de los activos, pero pudo saberlo, sin embargo, prefirió no saber o no le interesó conocer. El supuesto de ignorancia deliberada encuadra perfectamente.

EJEMPLO

- El caso del asesor financiero que recibe ingentes sumas de dinero de un representante político. Éste no pregunta sobre cómo consiguió el dinero (naturalmente se puede presumir que el sueldo por Alcalde o Gobernador no lo pudo haber obtenido de su sueldo pues este no generaría tal cantidad); el asesor financiero no le pregunta al político que le entrega millones de soles, solo lo recibe y constituye empresas y negocios de fachada a nombre de terceros. No le conviene saber, prefiere no saber, pues su "trabajo" consiste en el solo maquillar el dinero y cerrar los ojos sobre preguntas que saltan a la vista y que cualquiera podría hacerse.
- El caso de tráfico ilícito de drogas en el que se le dice una persona "lleva esta maleta y te pagó cinco mil dólares", la persona no pregunta más y de suyo lo hace, no se cuestiona sobre el contenido de la maleta, no le interesa saber más, simplemente lo hace, y prefiere no saber porque saber más lo habría de perjudicar (lo vincularía más con la organización criminal).
- Un estudio jurídico que recibe dinero de quien en un inicio fuera un "pescador artesanal" que luego funge de "empresario minero nacional" en base a su "emprendimiento personal inusitado" y este estudio jurídico —prefiere no preguntar sobre el cómo se produjeron las ingentes sumas de dinero— lo asesora sobre cómo realizar contratos ficticios, empresas *off shore*, abrir cuentas en paraísos fiscales, colocar su dinero producto del "emprendimiento" a nombre de terceros, y bienes muebles e inmuebles a nombre de empresas que siempre están a pérdida, para asegurar su patrimonio de futuras "contingencias";

al asesor jurídico no le interesó preguntar sobre cómo obtuvo el dinero (inusual y sorprendente pues muchas veces son cientos de millones de soles en patrimonio) sino simplemente no preguntó sobre dichos fondos y realizó los actos arriba descritos que no podrían calificarse como "neutrales" o del legítimo ejercicio de un oficio, pues asesorar para quebrantar la ley no es el rol de un abogado sino de un delincuente.

11. Reflexiones finales sobre la ignorancia deliberada

La ignorancia deliberada o ceguera voluntaria (*wilful blindness*) en la actualidad se ha afianzado completamente en el derecho del *common law* y satisface plenamente las exigencias de la *mens rea,* y permite que se puedan procesar y condenar casos que de otra manera estarían en la impunidad —por ejemplo, el caso Jewell, citado anteriormente— y de esta manera luchar contra las formas sofisticadas de la criminalidad organizada de los tiempos contemporáneos. De otro lado, en el derecho eurocontinental la mayor recepción en clave de jurisprudencia que ha tenido la ignorancia deliberada es en España, siendo que se ha utilizado esta teoría en centenares de casos en los últimos años tanto por el Tribunal Supremo español como por diversas audiencias provinciales, fundamentalmente para casos de narcotráfico, defraudación tributaria, lavado de activos y criminalidad organizada en general. Así, se ha conseguido procesar y condenar por estos delitos a título de ignorancia deliberada, esto es, por no querer saber aquello que pudo y debió conocer —utilizando la sanción de dolo a efectos punitivos—. Como se dejó sentado, en nuestro país la recepción de esta teoría es todavía bastante tímida en clave de jurisprudencia de Cortes Superiores e inexistente a nivel de Corte Suprema.

En lo atinente a la fundamentación dogmática y de la teoría del derecho en general, la teoría de la ignorancia deliberada tiene pleno fundamento en base al principio que reza que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza. O en clave de imputación penal, la ignorancia

deliberada es un caso de imputación extraordinaria por infracción de una incumbencia (el no querer conocer/saber) del sujeto (el ignorante deliberado), lo que le hace plenamente responsable de su conducta.

Finalmente, la criminalidad contemporánea requiere repensar las clásicas, que no decir vetustas, formas de imputación objetiva y subjetiva y de *lege lata* otorgar contenido a las mismas conforme a las necesidades de los problemas de nuestra realidad. No se puede luchar contra la criminalidad contemporánea, cada vez más sofisticada y refinada, con criterios de imputación invariables y estancos de hace más de un siglo, pues ello sería como ir a una guerra con una honda y recordemos que la epopeya bíblica de David contra Goliat —suponiendo por un instante como hipótesis mental que ello tuvo correlato en la realidad— nunca fue replicado en la historia de la humanidad.

12. Conclusiones

Este análisis de la teoría de la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria nos permite concluir por su acepción dogmática que debe ser regulada, en algunos casos, bajo los alcances del dolo eventual y, en otros, estar comprendida como una categoría independiente a las que ya están establecidas en la doctrina (dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual), puesto que se advierte de una voluntad o intención, de parte del agente, que logra evitar conocer la posible ilicitud de sus acciones, lo que permitirá que este tipo de conducta sea reprochable.

Esa intencionalidad de evitar conocer la posible ilicitud de sus acciones, a su vez, pone de manifiesto que el agente, *a priori,* ya es consciente de la alta probabilidad, si no es que certeza, que está por hacer algo ilícito, sin embargo, quiere ampararse en un "aparente desconocimiento", a manera de excusa, para evitar su responsabilidad penal.

Si bien, a nivel normativo, no están establecidas las categorías del dolo, en la doctrina y en la jurisprudencia está reconocido el dolo eventual, que es perfectamente aplicable en muchos casos. En otros tocará proponer que se añada una forma de imputación extraordinaria, que generaría más confusión. Pero no necesariamente es así, pues en virtud de alcanzar la paz social se puede ir consolidando a nivel jurisprudencial.

Finalmente, atendiendo a que es evidente que las formas de cometer delito han sobrepasado en demasía los tradicionales tipos de imputación, urge que se establezcan nuevos parámetros, para evitar que la comisión de delitos quede en el umbral de la impunidad.

III. LA CULPA O TIPO IMPRUDENTE

1. Clases de culpa

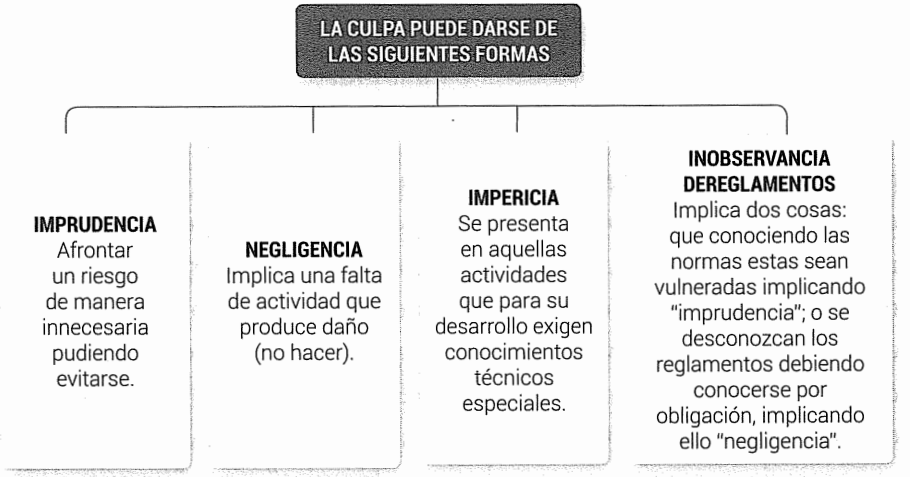
El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad; la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso.

Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado.

La culpa puede darse de las siguientes formas:

- **Imprudencia:** Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.
- **Negligencia:** Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer).
- **Impericia:** Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales.

• **Inobservancia de reglamentos:** Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando "imprudencia"; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello "negligencia".



La conducta o comportamiento humano puede darse sobre una base culposa (imprudente). Conforme a nuestro ordenamiento legal las formas culposas deben ser declaradas de manera expresa —según el artículo 12 del Código—, pues nos adscribimos a un sistema de *numerus clausus*. La premisa básica para la existencia de un delito culposo es la lesión efectiva de un bien jurídico (no basta la mera puesta en peligro de este, ergo no se admite la tentativa en los tipos culposos), esto es, producir un resultado sin querer hacerlo[164].

En este sentido, se puede señalar que la conducta imprudente o culposa es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de cuidado o diligencia debida cau-

164 Berdugo, Ignacio. *Lecciones de derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999, p. 225.

sa su efectiva lesión[165]. La imprudencia penalmente relevante crea un riesgo desaprobado cuando se desconoce, pero se exige conocer que concurren los presupuestos objetivos, positivos y negativos, que fundamentan la punición de la conducta[166]. El término *imprudencia* equivale al de *culpa* y el de *imprudente* al de *culposo*. Esta distinción es más entendible desde la esfera del profano y permite evitar posibles equívocos con la categoría de la culpabilidad.

De lo expuesto se puede colegir que existirá un comportamiento imprudente o culposo penalmente relevante si este está contemplado en el Código Penal (*numerus clausus),* además de ello todo comportamiento imprudente requiere como condición necesaria la infracción de un deber objetivo de cuidado (este deber objetivo puede devenir de una norma positiva o de la *lex artis*). De ello se sigue que en caso no hubiese la infracción de este deber objetivo cuidado o incumbencia el comportamiento sería irrelevante penalmente pues nos encontraríamos en supuestos de "caso fortuito" o de "imputación a la víctima". Asimismo, la infracción de dicha incumbencia tiene que producir un resultado, sin la producción de un resultado no podríamos hablar de imputación subjetiva a título de culpa o imprudencia.

Según la doctrina podemos distinguir dos tipos o clases de culpa:

a. Culpa consciente o con representación

Cuando el sujeto si bien no quiere causar el resultado —*daño al bien jurídico*— advierte la posibilidad —*le es previsible*— de que este se produzca, pero confía que no sea así. En otras palabras, el sujeto prevé el resultado de que el bien jurídico sea dañado si infringe la norma

165 Berdugo, *Lecciones de derecho penal. Parte general,* cit., 205.

166 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., pp. 271-272.

de cuidado[167]. A decir de Mir Puig, la culpa consciente se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo eventual[168].

b. Culpa inconsciente o sin representación

En torno a la culpa inconsciente existe un debate doctrinario no menor. Sin embargo, la culpa inconsciente se da cuando el agente no solo no quiere el resultado, sino que ni siquiera lo advierte como posible, esto es, no se advierte el peligro.

2. Estructura del tipo imprudente

Refiere Mir Puig que todo delito imprudente ofrece la siguiente estructura:

a) La parte objetiva del tipo imprudente supone la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalora de la acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor de resultado).

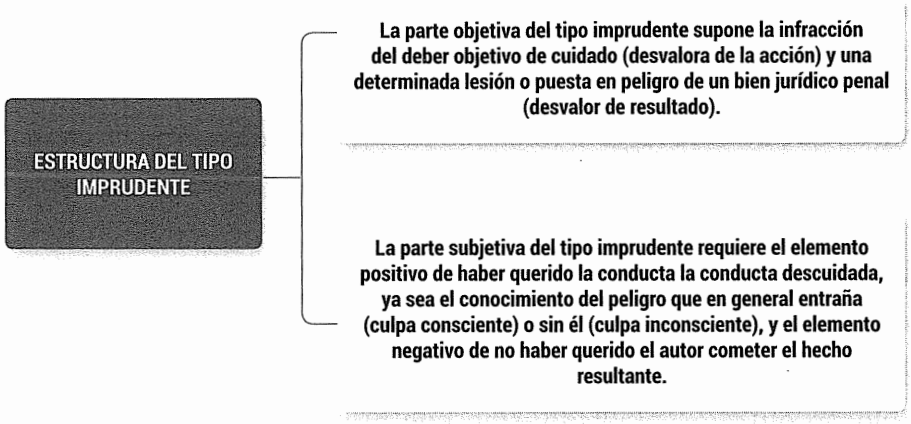
b) La parte subjetiva del tipo imprudente requiere el elemento positivo de haber querido la conducta la conducta descuidada, ya sea el conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante[169].

---

167 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 229.

168 Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general,* 5.ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 270,

169 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., pp. 298-299.



3. La infracción del deber objetivo de cuidado

Esta supone la inobservancia del cuidado que *generalmente* debe tenerse, pero que en concreto solo es obligado si no concurre una causa de justificación y si es posible la imputación personal de la infracción. Ahora bien, aunque la norma de cuidado no siempre obligue, la falta de cuidado típica *siempre* se opone a la *valoración* que aquella norma de cuidado supone[170].

En este sentido, Jescheck —citado por Mir— hace la distinción entre d*eber de cuidado interno y deber de cuidado externo*. Así pues, el *deber de cuidado interno* obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción imprudente. Supone, en palabras de Binding, un "deber de examen previo". Este es el sustento para castigar la culpa inconsciente que supone infringir el deber de previsibilidad del peligro del resultado, en esta se castiga la infracción de la norma de cuidado que obliga a advertir el riesgo. De otro lado, *el deber de cuidado externo* consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente

170 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 299.

advertida. Puesto que presupone haberla advertido, sólo puede imputarse subjetivamente en la culpa consciente[171].

En lo atinente a los deberes —y su infracción u omisión— que implica la culpa inconsciente se pueden distinguir tres deberes:

• **Deber de omitir acciones peligrosas.** Aquí, según refiere Mir Puig, hay acciones cuya peligrosidad es tan elevada que no pueden ser emprendidas sin lesionar ya el deber de cuidado. Estos son los casos de *falta de preparación técnica* para cierta actividad. En estos supuestos podemos encontrar al de la Impericia profesional, que consiste en los conocimientos que les son exigibles al sujeto por su cualificación profesional o técnica.

• ***Deber de preparación e información previa.*** Este supuesto implica que antes de emprender ciertas acciones que puedan resultar peligrosas, deben ser tomadas medidas externas.

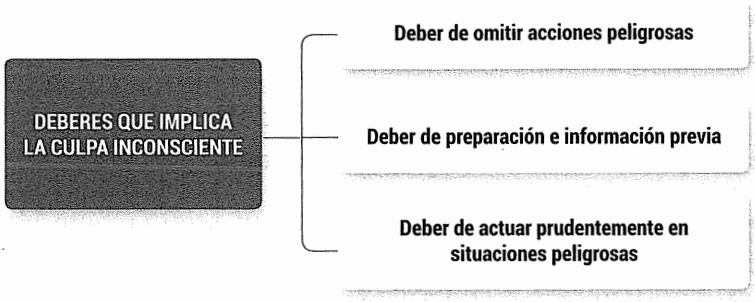
EJEMPLO

Antes de ordenar ciertas operaciones, el médico deberá examinar el estado del paciente y su capacidad de resistencia, lo que supondrá el deber de consultar el historial clínico.

• **Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas.** Este deber es intrínseco a la vida moderna que supone e incluso obliga a afrontar numerosas situaciones de peligro cuya realización se considera más útil para la sociedad que su prohibición. Aquí no rige el deber de omitir dichas acciones peligrosas, pero sí el deber de realizarlas con la máxima atención, para evitar que el peligro se convierta en lesión[172].

171 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 300.

172 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 301.



4. El baremo exigible para el deber objetivo de cuidado

A fin de que pueda exigirse la prudencia o diligencia en relación al autor y el baremo a tener en cuenta en lo atinente al quebrantamiento del deber objetivo de cuidado debe tenerse presente la concreta situación que rodeó al hecho y las facultades o conocimientos especiales del autor. Así pues, sostiene Mir Puig que la objetiva norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio *ex ante* que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar.

EJEMPLO

Quien sabe que la víctima sufría de una grave afección cardíaca debe abstenerse de causarle sustos innecesarios. Por supuesto, además, que se tiene en cuenta el nivel cultural, profesional, etc. del autor: deberá elegirse como baremo *la imagen de un hombre diligente en la misma posición del autor.*

5. La codelincuencia en el tipo imprudente

Naturalmente, en la realización típica de los delitos imprudentes pueden existir múltiples intervinientes; más aún, eso es de suyo lo más común y usual en la realidad. Es perfectamente posible que en

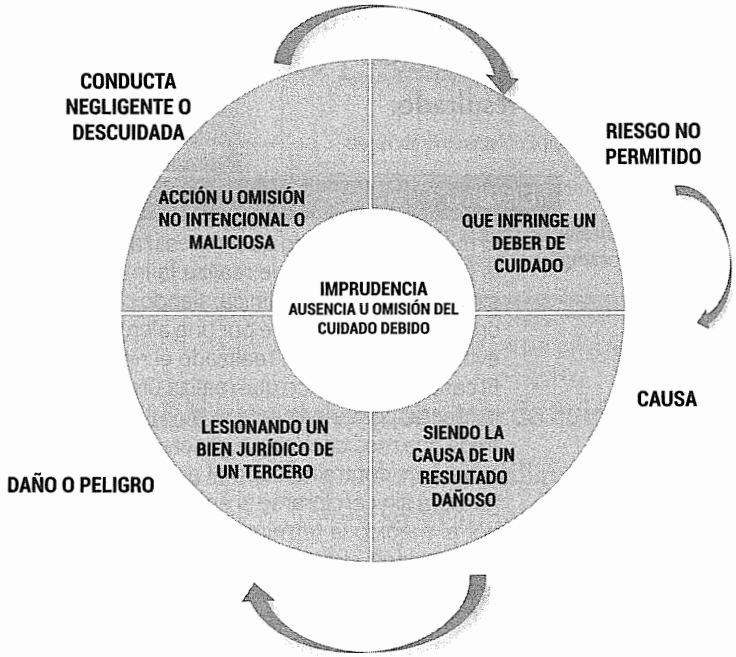
un caso concreto sean muchos los que tenían el deber objetivo de cuidado —y lo hayan infringido— y entre todos hubo una contribución a una parcela del resultado.

EJEMPLO

- El médico encargado que no realiza el riesgo quirúrgico y el médico cirujano que realiza la intervención quirúrgica sin revisar la historia clínica; siendo que en el caso en concreto la persona fallece por una alergia que pudo haberse evitado si se hubiese realizado el riesgo quirúrgico.
- El caso de un médico que realiza un diagnóstico y redacta la receta; posteriormente la química farmacéutica le entrega una medicación que genera el efecto absolutamente adverso y contraindicado al paciente. Finalmente, la enfermera sin cerciorarse si esa medicación era la recetada por el médico la termina aplicando y el paciente muere. En este caso, el médico que realizó el diagnóstico no tiene responsabilidad alguna por haber actuado conforme a su rol. Sin embargo, tanto la química farmacéutica como la enfermera sí tienen responsabilidad por la muerte del paciente por haber infringido el deber de cuidado de aquello que les era exigible.

Los dos ejemplos anteriores son casos de pluralidad de autores imprudentes o autorías paralelas o yuxtapuestas, en las que los autores imprudentes que contribuyeron al resultado habrán de responder a título de autor —concepción extensiva de autor—. La realización del tipo imprudente cometida por varios autores en modo alguno es *per se* atípica, antes bien se habrá de analizar en cada uno de los autores plurales la confluencia de la estructura típica del tipo imprudente y evaluar los aspectos objetivos y subjetivos de la imputación del tipo imprudente a cada uno de los autores por el resultado producido.

De hecho, no podemos hablar de coautoría en delitos imprudentes por cuanto no existe un acuerdo previo para cometer el ilícito, sin embargo, sí de una pluralidad de autores que realizan el tipo imprudente contribuyendo a la realización del resultado.



6. La participación delictiva en los delitos imprudentes

Por regla general se suele afirmar que no cabe participación delictiva en el tipo imprudente. Queda claro, como se ha señalado, que las diversas formas de coautoría en el tipo imprudente no son de recibo —por la inexistencia del acuerdo previo—; ahora bien, queda el asunto de analizar si las formas de intervención delictiva en lo atinente a la complicidad y la instigación serían posibles conforme a la redacción de nuestro Código Penal. En principio, respecto de la complicidad, el artículo 25 del Código Penal a la letra señala:

CÓDIGO PENAL

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. (...).

Conforme a la redacción de la complicidad primaria y secundaria, en principio hace referencia a la colaboración dolosa de un hecho punible. La ley no señala si dicho hecho punible sea doloso o culposo; sin embargo, es imposible cavilar —incluso como caso de laboratorio— sobre un caso concreto de complicidad en un delito culposo, pues en la complicidad estos participan del plan criminal y coadyuvan con este antes o durante la comisión del delito. Como refiere García, en los cómplices cabe atribuir sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho común[173], hecho común que no cabe en los delitos culposos.

De otro lado, respecto de la instigación, conforme a nuestra regulación sustantiva, está señala:

CÓDIGO PENAL

Artículo 24.- Instigación
El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Al igual que en la redacción de la complicidad, en lo atinente a la instigación tampoco se hace referencia si el delito del instigado sea doloso o culposo. Sin embargo, sobre la instigación en un delito culposo si cabe reflexionar y no tomar posturas apriorísticas sobre la base de prejuicios que tomábamos como aceptados e inamovibles.

Así las cosas, como señala García, el acto de instigación precede a la decisión de cometer el delito, por lo que podría cuestionarse si válidamente, en sentido estricto, se puede participar en un delito que ni

173 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 772.

siquiera existe aun en la cabeza del autor. El hecho cometido por el instigado no es configurado por el instigador, por lo que este último realiza un hecho distinto al acto de instigación. Así las cosas, la instigación debe entenderse como un injusto distinto al injusto del autor[174].

Así pues, en la instigación, a diferencia de la complicidad no se participa de un hecho con una resolución criminal común; sino que el acto de instigar es independiente de lo que el instigado hubiera de realizar. En esa línea de interpretación cabe sostener que como injusto independiente al del autor —por supuesto bajo los parámetros y límites del principio de accesoriedad— es técnicamente posible la instigación en un delito culposo.

EJEMPLO

El caso de una persona que induzca o determine a un médico cirujano a que realice una operación bajo los efectos del alcohol convenciéndole que de esa manera habría de operar mejor y con más inspiración; en ese caso, el médico, confiado —por el convencimiento de la persona— en que bajo los efectos del alcohol realiza intervenciones quirúrgicas aún mejor que sobrio realiza la operación y realiza un corte errado (que en condiciones normales no lo hubiera realizado); y el paciente muere. En este caso, la persona que determinó al cirujano (el que convenció al cirujano a realizar la operación quirúrgica bajo los efectos del alcohol) es responsable por el homicidio imprudente cometido por este, en calidad de instigador de un delito culposo.

Nuestros tribunales han desarrollado la noción de la culpa y sus implicancias en diversos pronunciamientos. Por ejemplo, se ha afirmado que la imputación por delito culposo se fundamenta en la infracción del deber de cuidado, en este sentido:

174 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 772.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. [T]ratándose 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* [...].

(R. N. N.º 2161-2003-Cono Norte, de 20-01-2005. Primera Sala Penal Transitoria)

En otro momento, y en similar sentido, también se ha señalado que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. [...] [El] elemento central del delito culposo es la infracción del deber de cuidado, por ello, únicamente se puede imputar el quebrantamiento de un deber que, en el contexto social concreto, formaba parte de la esfera de competencia del actuante, es decir, únicamente puede ser objeto de la importación jurídico penal el quebrantamiento o la inobservancia de los deberes inherentes al rol del agente (...).

(R. N. N.º 2792-2010-Lima, de 17-01-2011. Sala Penal Permanente)

7. Causas de atipicidad

Las causas de atipicidad se dan en los supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal.

8. Error de tipo

Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

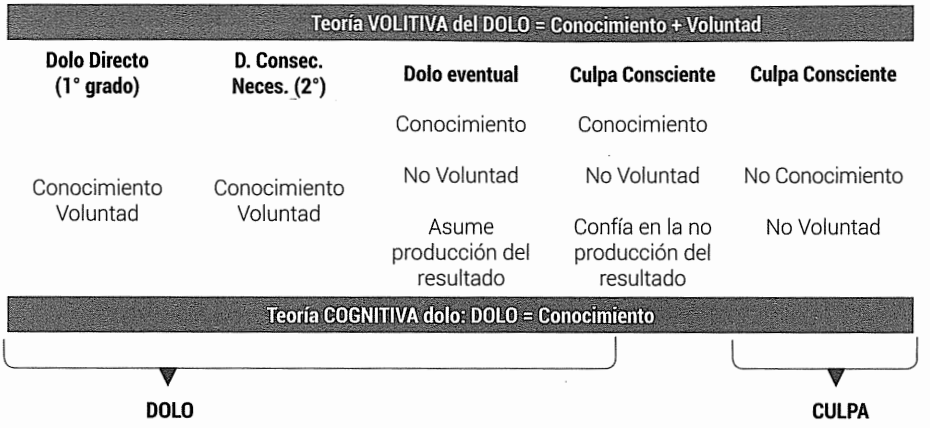
En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo.

La consecuencia que se prevé para este tipo de error es —al desaparecer el dolo— la atipicidad de la conducta si el error es invencible, y el castigo con la pena del delito culposo, cuando el error es vencible, siempre que esté tipificado, ya que hay un sistema cerrado con relación a los tipos penales culposos. Resulta entonces que, si no hay tipo culposo, aunque el error sea vencible, la conducta resultará atípica.[175]

RECUERDA

EL ERROR DE TIPO TIENE COMO EFECTO PRINCIPAL eliminar el dolo y se presenta bajo dos formas: a) invencible; b) vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo.

175 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.



JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. IMPUTACIÓN OBJETIVA. Principio de responsabilidad penal: falta de imputación objetiva por prohibición de regreso. "En el análisis de si las conductas devienen en penalmente relevantes es necesario determinar el rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción. El concepto de rol está referido a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol es aquello que objetivamente se imputa a su portador. Una vez establecido esto, cabe afirmar que, 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. Por ello, queda demostrado que el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado. De otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente

[No] importa individualizar quién de los agresores sustrajo la billetera... por cuanto por lógica se colige, que el acusado al

pedir el dinero y obtener una respuesta negativa del agraviado, lo agrede con un puñete y después desaparece el dinero ... [Basta] la intención en el ilícito submateria con la intencionalidad de facilitar el robo ... [En] tal situación, se hace permisible la aplicación del principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, por la forma como han actuado en agravio de su víctima..."

(Santos Peña/Estrella Cama/Salinas Valenzuela. Exp. N.º 98-0429-070701JP06).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

2. IMPUTACIÓN SUBJETIVA (DOLO). Que, del análisis de las pruebas actuadas, se advierte que el encausado Marino Huamán Pillaca utilizó el documento falso como si fuera legítimo para trasladarse a la ciudad de Nazca, realizándose el comportamiento exigido por el tipo penal para la consumación del delito, pues lo realizó conscientemente; que, además, se advierte que de su uso ha resultado un perjuicio para la agraviada Esther Rina Libera Gerenia Núñez.

(R. N. N.º 418-2004, Lima. Corte Suprema de Justicia - Segunda Sala Penal Transitoria).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3. Determinación del tipo penal. Dolo eventual.

La opinión dominante ha estimado que no puede ser suficiente la representación de la alta probabilidad del resultado para imputarlo a título de dolo. Conforme a la 'teoría de la aceptación', representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el autor aprueba el evento no pretendido, hay que investigar si se había contentado con la producción del resultado –dolo eventual– o si él, livianamente, con un injustificado optimismo, había actuado con la confianza de que todo va a salir bien, supuesto este, en el cual solo habrá culpa consciente. Aquí ha jugado un papel preponderante la 'segunda fórmula de Frank', según la cual, un sujeto actuaría en forma dolosa si se dijera: 'Suceda así o de otra manera, en cualquier caso, continúo adelante con mi acción'.

(Exp. N.º 23231-2004. Caso Utopía).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

4. Dolo eventual y culpa consciente: diferencia. "Lo que diferencia al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona. En la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse. Es de señalar que la 'aceptación' a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refiere a la aceptación del resultado dañoso (por ejemplo, producción de muertes o lesiones a las personas), sino únicamente a la conducta capaz de producirlo.

(Exp. N.º 23231-2004. Caso Utopía).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

5. CULPA O IMPRUDENCIA. Delito imprudente: sistema de numerus clausus en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia (o culpa). En el error superable se elimina el dolo, pero subsiste la culpa y el hecho será sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado específicamente como tal en el Código Penal, ya que según lo establece el artículo 12 del código sustantivo, con relación a los delitos culposos se adopta el sistema de *numerus clausus*.

(R. N. N.º 63-04 La Libertad)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. Dominio de la organización: responsabilidad del ejecutor material. El dominio de la organización no niega la libertad con la que actúa el ejecutor material en la realización del delito, pero lo hace bajo los vínculos de disciplina, sujeción y espíritu de grupo a los que se encuentra sometido, situación que lo lleva a asumir la decisión y perpetración del hecho punible.

(Pablo Talavera Elguera / David Loli Bonilla / Victoria Sánchez Espinoza. Expediente acumulado N.º 560-03. Caso Abimael Guzmán).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

7. Participación en el delito y complicidad primaria y secundaria. [Se] considera que existe participación como cómplice secundario cuando durante la comisión del iter criminis no se impidió el asalto, como tampoco se actuó en forma adecuada de pedir auxilio o comunicar a la ronda campesina, máxime si pidió permiso a su centro de trabajo el día de la comisión de los hechos... [Existe] participación en calidad de cómplice primaria cuando la coacusada tuvo el arma de comisión de los hechos bajo su custodia viabilizando la comisión del delito y fue quien pidió la intervención de otras personas en el ilícito, además de ser confidente del acusado.

(Expediente N.º 98-0227-121001JP02).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

8. Instigación y autoría mediata: límites de la imputación objetiva. La instigación hecha por los acusados a los menores a fin de que dieran muerte al agraviado, se halla contemplada en el artículo 24 del Código Penal, por el cual se reprime como autor del hecho punible al que determine a otro a cometerlo. El autor mediato sólo debe responder en la medida que el hecho principal concuerde con su intención, no resultando responsable del exceso en el que han incurrido los agentes a quienes utilizó, al no tener ya dominio ni control del hecho.

(R. N. N.º 3840-97)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

9. Autoría y complicidad: diferencias. Es autor y no cómplice aquel que ha tenido el control del acontecer típico y antijurídico y, a su vez, la posibilidad de evitar el resultado, a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho. El cómplice secundario, por el contrario, ocupa un lugar accesorio en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar y evitar el resultado.

(R. N. N.º 4354-97 Callao).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

10. Autoría y participación. En el caso sub análisis, se ha determinado que el acusado no ha sido quien realizó los disparos, menos el que causó la muerte al agraviado, sino que estos han sido ocasionados por su coacusado, teniendo este la calidad de autor del hecho criminoso; empero es necesario tener en cuenta que el primero de los nombrados es partícipe del hecho incriminado, por cuanto su participación en el evento delictivo, como ha quedado acreditado con la testimonial en la que se indica que 'éste lo sostenía para que no se defienda', contribuyendo así a la realización de hecho ilícito.

(Inst. N.º 2000-392-160101JP01).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

11. Delito cometido por organización criminal: grado de participación de los agentes. En función de las grandes dimensiones de una operación criminal, a las tareas que se desarrollan según el plan, ninguno de los intervinientes –más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial– lleva a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tiene el dominio del hecho en su totalidad, con exclusión de los demás, pues en ese caso habría autoría directa unipersonal o plural focalizada en unos cuantos sujetos, y los demás intervinientes serían partícipes. En conclusión, todos los imputados son coautores del delito, ello sin perjuicio de apreciar la entidad concreta –el ámbito específico– de su aporte en el hecho global, cuya significación es de valorar para medir la pena.

(R. N. N.º 828-2007).

CAPÍTULO 8
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Resumen de este capítulo

Desarrollaremos los temas de la autoría y participación delictiva, que es de los temas más hirsutos y complejos de la teoría del delito por las sutilezas terminológicas y el tratamiento que hay que darle a la intervención delictiva en delitos de dominio y en delitos de infracción de deber.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA: EXTENSIÓN O COMPLEMENTO DE LA TIPICIDAD

Luego de analizada la tipicidad de un comportamiento en sus diversos aspectos e implicancias, es importante desarrollar lo que denominamos como extensión o complementos de la tipicidad. Esto es, el tipo penal está pensado desde la perspectiva de un autor (que desde el plano de la tipicidad se le considera sujeto activo) y en un estadio de consumación. Ahora bien, esta perspectiva debe completarse o extenderse, pues como a continuación se verá que el autor no es el único pasible de sanción penal y tampoco el estadio de consumación es el único punible, pues la tentativa también es pasible de sanción penal. En efecto, en un delito además de un autor también podemos encontrar partícipes; esto es, sujetos que acompañan al autor en el delito; asimismo, para que un delito se llegue a consumar se necesita de un recorrido, de un camino; del *íter criminis.*

A continuación, desarrollaremos los temas señalados, esto es, la autoría y participación delictiva la misma que es de los temas más hirsutos y complejos de la teoría del delito por las sutilezas terminológicas y el tratamiento que hay que darle a la intervención delictiva en delitos de dominio y en delitos de infracción de deber. Así las cosas, no podemos entender a la autoría y partición delictiva y al *iter criminis* (asunto que se abordará más adelante) como algo escindido o diferente de la tipicidad pues, *al contrario*, forma parte de esta como una extensión o complemento de la tipicidad.

En un evento delictivo doloso (pues en los delitos culposos no se admite la participación delictiva) intervienen siempre autor (o coautores) y pueden intervenir partícipes (cómplices e instigadores). El análisis de la autoría y la participación delictiva subyace en determinar quién es autor y quién no lo es, es decir, el análisis implica en delimitar los límites de responsabilidad por el delito cometido. En nuestro ordenamiento jurídico-penal la autoría y participación delictiva se encuentra regulada en el artículo 23 y siguientes del CP.

Dicho esto, es menester sostener —y adelantar— que el tratamiento de la intervención delictiva es diferente en lo atinente a los delitos de dominio y a los de infracción de deber, pues por su naturaleza el autor o partícipe habrá de infringir roles o quebrantar deberes de diferente naturaleza.

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DOMINIO

Cuando hablamos de autoría y participación en delitos de dominio nos referimos a aquella clásica forma de intervención delictiva

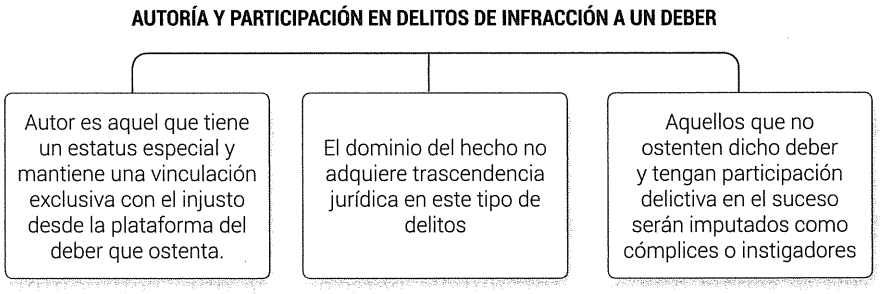
CÓDIGO PENAL

Artículo 23.- Autoría directa, autoría mediata y coautoría

El 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 esta infracción.

Es decir, en la disposición citada se regula la autoría directa ("el que realiza por sí"), por medio de otro ("autoría mediata") y coautoría ("los que lo cometan conjuntamente"). Ahora bien, esta escueta disposición puede conllevar diversas interpretaciones sobre lo que se debe entender por "autor" y para ello existen diversas teorías sobre la naturaleza del autor.

Las teorías que se han desarrollado para determinar a quién se debe considerar como autor son: la concepción unitaria de autor, la concepción extensiva de autor, la concepción restrictiva de autor y la teoría del dominio del hecho. Se hará un breve repaso de cada teoría a continuación.



1. La concepción unitaria de autor

De acuerdo a esta teoría, es autor el que aporta una contribución causal al hecho, por mínimo que sea. Es decir, considera como autores a todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho delictuoso. No interesa, entonces, distinguir la intervención de cada sujeto. Es decir, como nos indica el profesor Roxin: "Se da una equivalencia de todas las condiciones, por tanto, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de acción"[176].

Así pues, bajo esta concepción no se distingue entre autor y partícipe (todos son autores). Basta cualquier tipo de participación de sentido causal para poder ser considerado autor.

176 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 399.

Como crítica a esta teoría, salta a la vista que es demasiado amplia, por lo que todos vivirían temerosos ya que en cualquier momento podrían ser denunciados por algún hecho punible[177].

Naturalmente, esta teoría ya ha sido superada pues podría conllevar conclusiones absurdas (en virtud al regreso al infinito, en virtud a su desmesurada amplitud); así también porque nuestro código distingue entre el autor y el partícipe. Aparte, incumple con el fin del derecho penal en la sociedad, dado que suscitará un temor innecesario en la sociedad, por lo que no se podría preservar el orden.

2. La concepción extensiva de autor

Aquí se señala que es autor aquella persona que obra con voluntad de autor —*animus auctoris*— y es partícipe quien obra con voluntad de partícipe —*animus socii*—. En este sentido, el profesor Quintero Olivares señala: "El concepto subjetivo de autor, al no poder designar al partícipe mediante criterios objetivos, acude a lo subjetivo, de manera que *lo importante es el sentimiento de ser autor del hecho,* de tenerlo como propio y no como colaboración en el hecho de otro". Esta teoría parte de la equivalencia de las condiciones, pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como "causas de restricción de la pena", puesto que sin ellas tendría que sancionarse a todos como autores.

EJEMPLO

Si la esposa le dice a su amante que mate a su marido. Conforme a esta teoría sería autor la esposa y partícipe el amante que ejecutó el homicidio.

177 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 399.

3. La concepción restrictiva de autor

Según este concepto restrictivo, el autor solamente puede ser quien comete el hecho descrito por el tipo penal. La sola contribución causal del resultado mediante alguna acción no típica no podría fundamentar una imputación a título de autor. Sin embargo, la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, dando lugar a las figuras de la participación como son la inducción y la complicidad. Pero como se trata de una extensión de la punibilidad, los aportes de los partícipes solamente podrán penalizarse si existe una ley que contemple dichos casos como una participación punible. Por el contrario, los actos de auxilio o contribución al hecho típico que no se encuentren abarcados por la normativa penal, no podrán ser sancionados penalmente[178].

Dentro de esta teoría podemos distinguir dos corrientes:

(i) ***La teoría objetivo formal.*** Es aquel cuyo comportamiento cae dentro del círculo que abarca el tipo penal, mientras que el comportamiento del partícipe será un aporte causal, pero negativo, en la medida que no está dentro del tipo[179]. Es decir, es autor el que realiza la acción típica descrita en el tipo penal. Sin embargo, esta teoría tiene el inconveniente al encontrarse frente a la autoría mediata, pues el agente no realiza directamente la acción sino se vale de un instrumento para hacerlo. De acuerdo con esta teoría sería autor el instrumento, el cual podría ser un inimputable, una persona coaccionada o una que se encuentra inmerso en un error[180].

(ii) ***La teoría objetivo material.*** En esta teoría se sostiene que existen aportaciones de mayor peligrosidad. Así, pues, el aporte del autor debe ser más importante o más peligroso que el del partícipe.

---

178 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 675.

179 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 676.

180 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 402.

EJEMPLO

Si A sirve un café a B, que ha sido previamente envenenado por C, por solicitud de A, A será autor y C el cómplice. Por el contrario, si A no conociera el envenenamiento del café por C, C sería el autor. Como puede verse, en ambos casos el aporte de C es objetivamente el mismo, pero en función del contexto de actuación su calificación como autor o cómplice varía.

4. La teoría del dominio del hecho

Las teorías hasta aquí referidas no han resultado del todo satisfactorias, por los vacíos y debilidades dogmáticas y legales que conlleva, por ello hoy en día la teoría más aceptada es la teoría del dominio del hecho.

El punto de partida de la teoría del dominio del hecho es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal. No toda contribución causal puede fundamentar la autoría, sino en principio sólo la realización de una acción típica. El hecho es obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solamente podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad, conocida por el agente, de poder decidir sobre la configuración del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados como autores del delito. Se solía decir que el autor es el 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"[181].

Para entender esta teoría debemos analizar las precisiones formuladas por Roxin, quien fue el que la perfeccionó. Este autor refirió que "es

181 Caro John, José. *Manual teórico-práctico de teoría del delito.* ARA, Lima, 2014, p. 164.

autor quien, a través de su influjo determinante en el acontecimiento, aparece como figura clave, como figura central en la realización del delito. En esta perífrasis no hay una definición de la autoría, sino solamente un parámetro rector que tiene que ser concretado con ayuda de diferentes configuraciones de los hechos"[182].

Conforme al planteamiento de Roxin, el dominio del hecho debe concretarse en las tres formas de autoría: la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

La autoría directa se sustenta en el dominio de la ejecución que tiene el autor, pues es él quien, de propia mano, realiza responsablemente todos los elementos del tipo penal. La realización del hecho por uno mismo de forma dolosa y libre constituye la manifestación más evidente de dominio sobre el hecho.

Pero el dominio del hecho no se reduce solamente al dominio de su ejecución, en tanto hay otras formas de dominio que suscitan una consideración equivalente desde un punto de vista valorativo.

Así, el dominio puede presentarse bajo la forma de un poder sobre la voluntad rectora del hecho, lo que tiene lugar en la llamada autoría mediata. En este caso, la voluntad del ejecutor del hecho se encuentra subordinada a la de un hombre de atrás, a quien se le considera como el señor del hecho.

Finalmente, el dominio del hecho puede adquirir también un carácter funcional en el caso de una ejecución conjunta, dando lugar a lo que se conoce como coautoría. Se habla de dominio funcional del hecho en la medida que cada uno de los coautores tiene en sus

182 Citado por Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal. Parte general,* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 939.

manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo[183].

Pese a que la teoría del dominio del hecho es la más aceptada, sin embargo, esta es insuficiente para el análisis de los delitos de infracción de deber. En estos casos, la autoría no se sustenta en el criterio del dominio del hecho, sino en la infracción de un deber específico extrapenalmente configurado.

III. AUTORÍA DIRECTA

Es autor directo "el que realiza por sí el hecho punible" (artículo 23 del CP). Esto quiere decir aquel que directamente con su acción realiza la acción típica —tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo—, aquel que de forma personal realiza la conducta descrita en el tipo penal[184].

Este autor, con un acto que le es propio, bien en forma dolosa, bien en forma culposa, desarrolla la hipótesis prevista en el tipo legal, o da principio a su ejecución sin valerse de otra persona. La autoría directa está señalada en cada tipo generalmente con expresiones como "el que", "quien", "el director", "el servidor público", "la madre", etc., vinculándolo a la realización por sí mismo del comportamiento que se subsume en el tipo legal[185].

IV. AUTORÍA MEDIATA

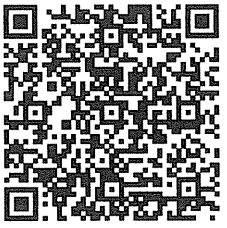
El artículo 23 del CP regula la figura de la autoría mediata, la cual tiene lugar cuando quien realiza el tipo penal se sirve, para la ejecución

183 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 680.

184 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 538.

185 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 958.

de acción típica de otra persona. Así como el autor puede utilizar ciertos instrumentos mecánicos para la realización del delito, puede también valerse, en algunos casos, de ciertos sujetos. No obstante, no se trata de utilizarlos como objetos (empujar a un sujeto sobre una citrina), pues en esos casos se estará ante una autoría directa en el que se utiliza la corporeidad de una persona como objeto. La autoría mediata se presenta cuando se utiliza el comportamiento de otra persona penalmente irresponsable (por regla general, la excepción es la autoría mediata en un aparato organizado de poder) para realizar un hecho delictivo[186].



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Supuestos en los que se configura la autoría mediata

Noveno. En ese sentido, examinando y evaluando el marco de imputación establecido en la acusación escrita, así como en la requisitoria oral, se le imputa al procesado MGCA el delito de Homicidio Simple a **título de autor mediato**. Sobre la connotación normativa de esta clase de autoría, es importante señalar que el Código Penal peruano vigente, en su Capítulo IV, en el libro de la Parte General, sistematiza dos formas de intervención delictiva: "Autoría y Participación". El texto del artículo 23 de este Código Sustantivo, establece las distintas formas de autoría, en los siguientes términos: "*el que realiza por sí, **o por medio de otro** el hecho punible y los que lo cometón conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción*". De este modo, se configuran normativamente la autoría directa o inmediata ("el que realiza por sí"); la autoría mediata ("por medio de otro") y la coautoría ("los que cometan conjuntamente"). Siendo así, es claro que nuestro Código ha optado por la Teoría del Dominio del Hecho para distinguir entre autoría y participación. En tal sentido, el segundo supuesto de autoría, por medio de otro, es la forma que se conoce como autoría mediata. Será tal autor, quien utiliza o se aprovecha de la actuación de otra persona ["intermediario" o ejecutor"] para concretizar sus objetivos delictivos. En estos casos, se imputa la autoría, no a la persona que realiza los actos de ejecución directamente,

186 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 685.

sino al hombre de atrás que se sirve de la acción de este último para realizar el delito que éste planeó. Como explica Roxin, la autoría mediata se caracteriza por un dominio de la voluntad, donde el verdadero autor no realiza el tipo penal de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve para estos fines; esta persona no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho de otro, por lo que es considerada una herramienta en manos de éste. Este dominio de la voluntad del autor mediato hace que el ejecutor actúe bajo su control, pudiendo servirse de su acción para realizar el hecho delictivo y ostentando así el control sobre el suceso; por ello, el autor mediato es considerado el verdadero autor del delito, que se sirve de otro para cometerlo.

Décimo. En esa línea, se tiene que son diversos los supuestos en los que se considera que se configura la autoría mediata, pero son tres los aceptados de forma unánime por la doctrina, por considerarse que sí existe, sin duda, un dominio de la voluntad del ejecutor: Autoría mediata por coacción, Autoría mediata por error y Autoría mediata con intermediarios responsables; supuestos que desarrollaremos a continuación: **A. Autoría mediata por coacción:** Se trata del caso en que el autor mediato utiliza la violencia o la amenaza contra el intermediario, ara que éste acceda a realizar la acción de la cual se quiere servir, logrando la realización de la conducta típica. **B. Autoría mediata por error:** Se presenta cuando el hombre de atrás aprovecha o crea un error en el intermediario, para que realice la acción querida por éste; en estos casos, el intermediario actúa desconociendo algunos elementos que componen una realidad dada, por lo que no hay una coincidencia entre la realidad y la conciencia de dicha realidad. **C. Autoría mediata con intermediarios responsables:** En este grupo de casos se configura un supuesto de autoría mediata, en el cual el íntermediario también responde penalmente por el delito, los cuales son denominados como supuestos de "autor detrás del autor". Efectivamente, se denomina a estos casos "autor detrás del autor" porque tanto el hombre de atrás, como el ejecutor, poseen un dominio del hecho, pudiendo aún configurarse la autoría mediata a pesar de la punibilidad del ejecutor, debido a que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, siendo lo decisivo el rol central que posee, es decir que tenga el dominio sobre la realización del delito [...]. Los supuestos en los que se presenta esta modalidad de autoría mediata son: **C.1. Autoría mediata por aparato organizado de poder:** Esta forma de autoría mediata fue planteada por Roxin, donde se considera al líder de una organización como el autor mediato de los delitos cometidos por sus subordinados, a quienes dio la orden de realizarlos;

los cuales también responden como autores inmediatos por haber actuado de forma consciente y voluntaria. **C.2. Autoría mediata por error de tipo vencible:** Aquí, el hombre de atrás se sirve de un ejecutor que se encuentra en un error de tipo, pero en este caso se trata de un error vencible, es decir, de haber sido el ejecutor diligente pudo haber salido del error en que se encontraba, por\o que le será imputable el delito si se encuentra regulada su modalidad culposa. **C.3. Autoría mediata por error de prohibición vencible:** El supuesto que analizamos ahora es sobre un error de prohibición pero de tipo vencible, en el cual el sujeto, en caso de haber sido diligente, hubiera podido salir del error en que se encontraba; por lo que en estos casos se le sanciona por el delito cometido, pero con una pena atenuada conforme con el segundo párrafo del artículo 14 de nuestro código penal. **C.4. Autoría mediata por error en la identidad de la víctima:** Se trata de un supuesto de error en la persona, donde el ejecutor obra típica, antijurídica y culpablemente, siendo por ello considerado autor inmediato del delito; sin embargo, el hombre de atrás tiene a pesar de ello una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por el ejecutor, ya que si bien éste conoce que estaba matando a una persona, al igual que el sentido del tipo y los elementos de la reprochabilidad y, por tanto, le es Imputable el homicidio, respecto a la acción concreta desconocía el resultado que efectivamente se iba a producir. **C.5. Autoría mediata por error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho:** Aquí Roxin analiza el caso en el cual otra persona engaña al ejecutor sobre una circunstancia donde es previsible su reacción para que así realice la acción querida por el hombre de atrás. **C.6. Autoría mediata por error sobre la medida del injusto:** Este supuesto consiste en que el intermediario actúa creyendo que el bien jurídico e lesiona tiene una protección penal distinta a la real, debido al en el que se encuentra, lo cual sí es conocido por el hombre de que lo determinó a hacerlo. **C.7. Autoría mediata por error sobre presupuestos de cualificaciones:** Se trata del caso en el que el intermediario actúa con la intención de cometer un delito, lo cual es aprovechado por el hombre de atrás para que, por medio del engaño, éste se cometa pero con una circunstancia agravante, pero que al ser desconocido por el intermediario no actúa con dolo respecto a ésta, por lo que sobre ese resultado adicional el control lo tiene el hombre de atrás, siendo por ello autor mediato del delito finalmente cometido. **c.8. Autoría mediata por error sobre el riesgo.** Este caso se presenta cuando el ejecutor actúa con culpa consciente sobre el resultado que generará su acción, equivocándose sobre la probabilidad de que este ocurra, pues

> cree que ésta es menor que la real, siendo determinado por el hombre de atrás, que sí conoce la gran probabilidad de la producción del hecho por la acción del ejecutor, actuando de esta manera dolosamente.
>
> **(R. N. 211-2015-Ancash, del 28-03-2017. Sala Penal Permanente)**

La autoría mediata supone la intervención de dos sujetos: uno que ejecuta formalmente el tipo penal, sin saberlo o incurso en una forma de inculpabilidad[187]; y el otro que, sin realizar de forma fáctica el hecho en sí típico, ostenta el dominio del hecho, pues sólo de él y no del instrumento depende la realización típica, quien a su vez tiene el poder de frustrar la realización típica. El autor mediato tiene el dominio del hecho porque consigue la instrumentalización de una persona, mediante la utilización de unos medios ante situaciones que inciden directa o indirectamente sobre aquella, cuya actuación determina la comisión del delito[188]. La autoría mediata se caracteriza como "dominio de la voluntad": alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como "herramienta" en manos de este. Por lo tanto, la autoría mediata exige la presencia de, al menos, dos personas (sujeto de atrás e instrumento) concurrentes a la comisión del tipo penal y, como mínimo, una de ellas ha de estar instrumentalizada en relación con la otra[189].

187 Como se ha mencionado en la autoría mediata en un aparato organizado de poder el ejecutor directo sí es responsable.

188 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 542.

189 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 542.



1. Supuestos de autoría mediata

Existen diversos supuestos en los que se puede configurar la autoría mediata. Como se ha dicho, por regla general, en la autoría mediata el "instrumento" no tendrá responsabilidad penal. En virtud de ello, podemos presentar varios casos.

a. Autoría mediata por utilización dolosa de un tercero que actúa sin dolo

En este caso el autor mediato provee a una persona para que realice sin dolo el tipo.

EJEMPLO

- El caso del médico que entrega a la enfermera una inyección en realidad letal para que sea aplicada al paciente, pero que es indicada como un tratamiento terapéutico.
- Una persona que utiliza a un mensajero para enviar un supuesto paquete de flores que en realidad llevan explosivos.

b. Autoría mediata por utilización de un tercero que actúa sin libertad

Se presenta cuando un sujeto violenta, mediante fuerza, coacción u orden obligante a otro para que ejecute el tipo, o la determinación de otro que obra sin voluntad.

EJEMPLO

Por estar bajo hipnosis o los efectos de cualquier droga o narcótico; de suerte que el instrumento carece del dominio del hecho u obra bajo severa dependencia sicológica del determinador.

En estos supuestos, si bien el instrumento puede tener conocimiento que realiza el hecho típico, actúa sin libertad, o sea, con voluntad sojuzgada y, por tanto, obra culpablemente. En estos casos de falta del ámbito de libertad para la autodeterminación, se trata de supuestos en que el individuo se encuentra sometido por una fuerza física o coacción, y así, que no resulta humana y jurídicamente exigible otro comportamiento[190]. En estos supuestos el instrumento no actúa culpablemente, esto es, ante una situación de inexigibilidad de otra conducta.

c. Autoría mediata por utilización de tercero que actúa justificadamente

En este supuesto, el autor mediato crea artificialmente una situación justificante como mecanismo para que se produzca un resultado típico. El autor mediato responderá por el daño típico producido. Esta situación se presentaría cuando el autor mediato induce al error a

190 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 958.

otra persona, o a un inimputable, motivándolo para que ataque a otro, el cual así reacciona en legítima defensa.

EJEMPLO

A, simulando pruebas, advierte a B tener información fidedigna de que mañana C intentará asesinarlo cuando a las ocho de la mañana arribe al sitio de trabajo; si C, en defensa legítima mata a B, quien bajo la prevención inducida creyó anticiparse a una agresión, la autoría mediata dolosa de homicidio recae en verdad sobre A, pues a este le faltan los elementos subjetivos de la justificante.

Este supuesto también se presenta en el caso de un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones y actúa en obediencia debida hacia la orden de un superior. En este caso, el superior que ordena el hecho típico y antijurídico será responsable en autoría mediata.

d. Autoría mediata por utilización de un tercero inimputable

Aquí podemos encontrar, por ejemplo, la utilización de un niño o infante por parte del padre o de otro para que realice una acción punible. Asimismo, también podemos encontrar en este supuesto de autoría mediata a aquel que utiliza a una persona con alteraciones mentales para cometer un hecho delictivo.

e. Autoría mediata en un aparato organizado de poder

Hasta aquí hemos presentado la postura clásica y tradicional de la autoría mediata, esto es, aquella en la cual existe un *hombre de atrás* quien utiliza a un tercero (a una persona) como *instrumento* para cometer un hecho punible.

Se suele decir que en la autoría mediata existe un *dominio de la voluntad* del *hombre de atrás*, quien es en buena cuenta el amo y señor del hecho. Hemos analizado los supuestos. Puede ser que el *instrumento* actúe sin dolo (por existir error de tipo). Asimismo, puede ser que el *instrumento* actúe dolosamente en el hecho punible, mas no culpablemente, por inexigibilidad de otra conducta, por actuar bajo coacción o sin libertad de autodeterminación. Asimismo, puede ser que ese *instrumento* actúe bajo una causa de justificación o en la creencia de ésta; hecho que tampoco eximirá de responsabilidad al autor mediato. Finalmente, hemos analizado que el tercero podría ser un inimputable, siendo que el *hombre de atrás* también debería responder penalmente.

De todos los supuestos analizados podemos encontrar una similitud, esto es, el autor mediato u *hombre de atrás* siempre es responsable penalmente; mientras que el *instrumento* nunca tiene responsabilidad penal. Esta ha sido la regla general que se ha utilizado en la autoría mediata. Sin embargo, la excepción a esta regla la podemos encontrar en la *autoría mediata por dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder.*

Esta teoría —ideada por Roxin— se formuló a partir del caso Eichmann, un funcionario nazi de asuntos judíos juzgado en Jerusalén por las innumerables muertes de judíos durante la Segunda Guerra Mundial. Eichmann no mató personalmente a nadie en los campos de concentración, pero dirigió una burocracia destinada a esos fines y que funcionaba según sus indicaciones. Los ejecutores materiales en los campos de concentración eran plenamente responsables y sobre ellos no obraba ninguna causal de eximente de responsabilidad (error o coacción). Este último aspecto es el que ha generado resistencia en la doctrina hacia la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Con todo, esta teoría ha tenido recibo jurisprudencia por el Tribunal Federal alemán, en el caso "Los disparos del muro", donde se condenó a los francotiradores por homicidio y autores mediatos

a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática Alemana. Asimismo, en nuestro país se utilizó para las condenas al ex-Presidente Alberto Fujimori y al ex-líder terrorista Abimael Guzmán en calidad de autores mediatos.

En suma, la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder fue postulada por Roxin para dar respuesta a ciertos casos de criminalidad organizada e imputar responsabilidad a título de autor a quien controla la estructura de poder por los delitos que se cometan a consecuencia de sus órdenes[191].

2. Características de la autoría mediata en aparatos organizados de poder

Para que exista autoría mediata se requiere una estructura jerárquica a disposición del hombre de atrás. Además de algunos elementos que Roxin refirió: "mencioné cuatro factores en los cuales se basa el dominio del hecho de los hombres de atrás en organizaciones delictivas: el *poder de mando* de quienes tienen poder para impartir órdenes, el *apartamiento del Derecho* del aparato de poder que está a su disposición, *la fungibilidad* del ejecutor inmediato y la *alta disposición* al hecho del ejecutor"[192].

El aparato de poder supone la existencia de una estructura rígida jerárquica a disposición del hombre de atrás y no interesa si el autor mediato se ubica en la cúspide del escalafón jerárquico u ocupa una posición de mando intermedio. Lo relevante es que tenga la autoridad para dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin

191 Meini, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal.* Palestra, Lima, 2008, p. 23.

192 Roxin, Claus, "Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en Ambos, Kai e Iván Meini (editores), *La autoría mediata: el caso Fujimori,* Ara, Lima, 2010, p. 94.

dejar a criterio de otros la realización del delito. El poder de mando que se habrá de ejercer ya sea desde la atalaya de la organización o a partir de mandos medios genera que pueda existir una cadena de autores mediatos dentro de la organización. *Ergo*, tratándose de emitir directivas, si el hombre de atrás no cuenta con suficiente autoridad o autonomía para activar el funcionamiento de la organización con sus órdenes, no podría ser considerado autor mediato; acaso cómplice[193].

Sobre el poder de mando, este se refiere a la capacidad del que emite la orden y de la fuerza vinculante de esta sobre el resto de la organización criminal, en específico respecto de sus subordinados. Por otro lado, respecto del apartamiento del derecho se refiere a que la organización criminal sea en sí misma desvinculada con todo orden jurídico (por ejemplo, los casos del "terrorismo de Estado"). Esta desvinculación no debe ser entendida solo respecto del orden jurídico interno, sino también con el derecho internacional. En lo atinente a la fungibilidad del ejecutor inmediato, esto se refiere a que el sujeto que realiza la orden no es indispensable, esto es, es intercambiable; si este no cumpliera la orden habrá otro quien la cumpla en su lugar. Finalmente, sobre la disposición al hecho del ejecutor, esto se refiere a la identificación psicológica que debe tener el ejecutor respecto de la organización criminal. En este sentido, en la autoría mediata en un aparato organizado de poder tiene responsabilidad penal tanto el *hombre de atrás,* esto es, aquel que tiene poder de mando, como el ejecutor material de la orden. Esta es la principal diferencia con los otros supuestos de autoría mediata (y la razón por la que parte de la doctrina critica esta teoría quienes creen que el título de imputación debería ser el de coautor o instigador), esto es, el ejecutor material actúa libremente y con plena responsabilidad sobre sus actos.

193 Meini, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal,* cit., p. 27.

Esta primera concepción de autoría mediata formulada por Roxin nos deja algunas dudas. ¿Es posible imputar autoría mediata por dominio de la organización dentro de la estructura estatal?

3. La autoría por dominio de la organización en estructuras estatales

Es absolutamente pacífico en la doctrina que el dominio de la organización se realiza fundamentalmente en la criminalidad organizada. Así, al ser la criminalidad organizada no solo aquella que opera fuera de la estructura estatal sino también la que actúa intramuros del Estado, la teoría del dominio de la organización resulta aplicable no solo a las organizaciones criminales como cárteles de drogas, de tráfico de armas o personas, grupos terroristas y, en definitiva, cualquier grupo que se organice para cometer delitos, sino también a las organizaciones criminales estatales, como escuadrones de la muerte, grupos paramilitares y en general cualquier grupo que se inserte, opere o aproveche la estructura estatal para cometer delitos[194]. Aquí estamos hablando de estructuras estatales pervertidas, en donde los funcionarios públicos se sirven de su estructura y jerarquía de estas para cometer delitos contra la Administración Pública.

EJEMPLO

- Es tan autor mediato aquel jefe del cártel de drogas que manda matar por un ajuste de cuentas como el Alcalde que ordena a su subordinado la creación de un puesto de trabajo para darlo de "favor" a un familiar festinando trámites en la contratación.
- No habría impedimento dogmático para atribuir la calidad de autor mediato por dominio de la organización al funcionario público que dirige una estructura estatal pervertida, y que desde la atalaya de la estructura estatal

194 Meini, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal,* cit., p. 174.

(gobiernos regionales, municipalidades, etc.) se sirve de dicha estructura para cometer delitos.

Más aún la estructura estatal es el escenario ideal para la autoría mediata por dominio de la organización, pues el Estado, como organización cuenta con una jerarquía manifiestamente fuerte, con cadenas de mando notablemente formalizadas, con divisiones y compartimentados estandarizados y con toda una gama de características plasmadas en la propia Constitución Política y en leyes orgánicas que hacen de él la organización prototípica para aplicar la autoría mediata por dominio de la organización. ¡Qué mejor aparato de poder que el propio Estado! Si bien el derecho no admite el uso de la jerarquía para fines ilícitos no se puede pasar por alto que, en los hechos, la jerarquía que se tiene por desempeñar algún cargo público suele conllevar autoridad incluso fuera de la escena estatal[195].

V. COAUTORÍA

Se entiende por coautoría la ejecución de una conducta punible por varias personas que concurren dolosamente a realizar la misma acción típica e injusta, bien con actos equivalentes o por división del trabajo[196]. Se trata de una forma de autoría que se caracteriza por la división del trabajo en la realización del delito, lo que no sólo lo posibilita de forma más óptima, sino que reduce el riesgo de su evitación. A cada uno de los coautores se le considera autor del delito y, por lo tanto, la pena aplicable será la prevista en el tipo penal correspondiente[197].

Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Rige aquí el principio de *imputación recíproca* de las distintas contribuciones.

195 Meini, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal,* cit., p. 178.

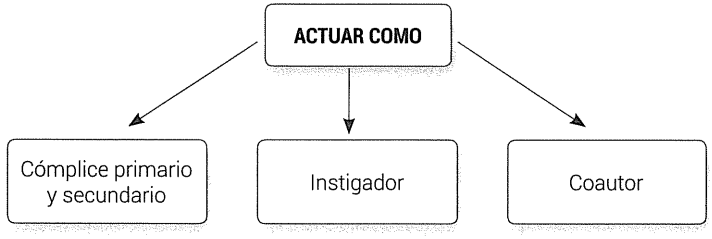
196 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 989.

197 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 690-691.

Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Para que esta "imputación recíproca" pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario de las distintas contribuciones[198]. Estas distintas contribuciones, que implican una distribución de funciones o división del trabajo, se suele decir que el coautor tiene un *dominio funcional del hecho.*

Para identificar cuándo nos encontramos en un supuesto de coautoría, y distinguirlo de otros supuestos de participación delictiva, debemos tener en cuenta los requisitos indispensables para identificar a un coautor. En principio, en la coautoría existe un *acuerdo previo* entre los que posteriormente habrán de ejecutar el delito. Así también, entre los coautores existe una *división del trabajo o de funciones.* Es decir, en la realización del hecho típico ambos coautores realizan un aporte relevante en la acción punible. Finalmente, entre los coautores existe una *horizontalidad*, es decir, no existe órdenes entre unos y otros (aunque, por supuesto sí una planificación conjunta). Empero, sí existe una resolución criminal común entre los coautores.

Veamos ahora las formas especiales de coautoría.



198 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., pp. 403-404.

1. La coautoría sucesiva

Es aquella forma de coautoría en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros, no obstante, al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias calificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención[199].

EJEMPLO

- Si en un hurto de A, B se une y arrastra conjuntamente con él el botín que A no puede llevar solo, B es coautor. Solo ha de poder constatarse una incorporación posterior (aunque sea tácita) al plan común del hecho.
- Si en una pelea uno que llega posteriormente asimismo golpea, eso ha de ser necesariamente una coautoría sucesiva.

2. La coautoría aditiva o agregada

Esta forma de realización del delito se da cuando varias personas, siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo algunas de esas acciones producirán el resultado típico[200].

EJEMPLO

El caso de veinte personas conjuradas que disparan simultáneamente sobre un político, para hacer más probable el éxito de dicho atentado; la víctima es alcanzada mortalmente por distintas balas, pero después ya no se puede constatar de qué tiradores procedían las balas mortales. Solo la apreciación de la coautoría permite en tal caso castigar a todos por asesinato doloso (en vez de por mera tentativa), puesto que no se puede

199 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 320.

200 Márquez, Álvaro E. "La coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal", en *Revista Diálogos de Saberes,* N.º 26, 2007, pp. 71-102.

probar la causalidad de los disparos individuales. Así pues, en este caso, cada tirador posee una función importante en la ejecución. Cada disparo individual hace más seguro su éxito y puede ser decisivo para el resultado. Es, desde luego, cierto que en la coautoría aditiva las contribuciones individuales no confluyen o se integran entre sí, como sucede generalmente, sino que refuerzan las perspectivas del resultado mediante la acumulación de acciones yuxtapuestas, es también una forma de dominio funcional del hecho.

3. La coautoría alternativa

Se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un conjunto determinado sino cualquiera del colectivo, alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para su ejecución.

EJEMPLO

El caso de varios asesinos —conforme a un acuerdo común— que esperan a la víctima en distintos caminos, siendo que la víctima sale por alguno de los caminos y uno de ellos le da muerte. En este caso, responden como coautores todos aquellos que esperaron en vano. Aquí habrá de distinguir. Si se ocupan por tiradores asesinos distintas salidas de una casa o todos los caminos de fuga de una zona boscosa, cada uno de ellos es coautor, aun cuando solo uno de ellos llegue a disparar. Pues, mediante el cierre u obstrucción de todas las posibilidades de huida, cada uno se vincula en el momento de ejecución a la red mortal en la que cae o se enreda la víctima. Esta tiene que pasar necesariamente por delante de la escopeta de uno de los tiradores, porque también los otros caminos están bloqueados o cerrados.

Sobre la coautoría sucesiva, aditiva y alternativa, la Corte Suprema ha establecido:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Décimo. Ahora bien en la doctrina se distinguen teóricamente varias formas de coautoría; a) la coautoría sucesiva, que consiste en que una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de acopando su actuación con la de este, lograr la consumación, en este tipo de coautoría no se requiere un acuerdo expreso; b) la coautoría alternativa, la misma se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución; c) la coautoría aditiva o agregada, esta aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico.

(Casación N.° 1039-2016-Arequipa. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema).

Este es un caso clásico de colaboración conjuntado en la fase ejecutiva —refiere Roxin—, como el que existe, por ejemplo, cuando se rodea o cerca abiertamente a la víctima por los miembros de una banda[201].

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado los criterios dogmáticos sobre la autoría. Por ejemplo, respecto de la autoría y el dominio del hecho se ha dicho lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La teoría del dominio del hecho, que sirve para determinar la diferenciación entre autores y partícipes, el criterio diferenciador sería justamente el dominio del hecho, autor según esta teoría sería el que tenga el dominio del hecho, aquel que puede decidir los aspectos esenciales de la ejecución de estos hechos (...).

(R. N. N.° 23-2004-Lambayeque, de 27-09-2004. Sala Penal Permanente).

201 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2014, T. II *(Especiales formas de aparición del delito),* p. 165.

En otro momento, también sobre la teoría del dominio del hecho se ha dejado sentado lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Es autor "el que realiza por sí el hecho punible"; y que la doctrina dominante en lo referente al tema indica que (...) es autor la persona que domina finalmente la realización del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización es el momento general del dominio del hecho (...).

(Exp. N.º 628-98-B-Lima, de 20-10-1998. Sala Penal).

También se ha señalado que, sobre este mismo tema:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El proceso ejecutivo del delito, es autor y no cómplice aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado.

(R. N. N.º 4354-97-Callao, de 02-10-1997. Sala Penal).

Sobre la autoría directa, nuestra Corte Suprema ha señalado lo siguiente:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En la autoría directa el sujeto "realiza por sí" el hecho, es decir, de manera individual se rebela contra la vigencia de la norma poniendo en cuestionamiento su función protectora de bienes jurídicos que en el caso concreto se verificará en el tipo penal (...) en el caso de la autoría directa el juicio de valoración entre el interviniente individual y la norma es cualitativo, pues de esa

manera se tiene la base para que cada interviniente pueda dar cuenta de sus actos de acuerdo a la magnitud de su infracción.

(R. N. N.º 707-2010-Ayacucho, de 31-08-2010. Sala Penal Transitoria)

Respecto de la autoría mediata, nuestros tribunales también se han pronunciado de manera bastante profusa, por ejemplo, sobre la autoría mediata en un aparato organizado de poder:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

5.9. [L]a denominada autoría mediata es un planteamiento teórico-doctrinario que busca abordar los casos en que la autoría material del hecho delictivo no es directa, sino que se realiza a través de un aparato organizado de poder o mando; es decir, no se trata de una disposición estrictamente normativa o legal, sino del abordaje o comprensión del comportamiento humano delictivo cuando el hecho es realizado a través del accionar de otro, pues ello se orienta a darle contenido a la previsión legal contenida en el artículo veintitrés del Código Penal, el cual prevé que la conducta típica pueda darse de mano propia o mediatizando a un tercero. Por ello, autor mediato es aquel que a través del control o manejo que tiene de una organización, dispone la realización de actos delictivos, sin tener necesariamente el control directo e inmediato del operador o ejecutor, sino que el control lo ejerce sobre la organización y en ese contexto consigue que este último realice sus órdenes delictivas de manera prácticamente automática. Conforme la doctrina ha establecido, los presupuestos de tal autoría mediata parten de la necesaria existencia previa de una organización criminal estructurada, con asignación de roles que opera autónomamente respecto de sus integrantes, y en tal contexto se debe identificar: i) El poder de mando que tiene el hombre de atrás sobre la organización. ii) El apartamiento del derecho en el accionar de la organización. iii) La fungibilidad de los ejecutores. iv) Predisposición en el subordinado-ejecutor para cumplir las órdenes. Este desarrollo dogmático sirve para determinar la imputabilidad a nivel de autoría, puntualmente del tipo mediato, pero en modo alguno se puede sostener que el aspecto subjetivo que gobierna el comportamiento humano sea inexistente o irrelevante, sino que ello es de aplicación al determinar la tipicidad de la conducta. [...] La autoría mediata, a través de aparatos de poder, abarca tanto al abuso de una

estructura de poder estatal y, sobre todo, a una estructura no gubernamental, como en los supuestos de la macrocriminalidad o criminalidad organizada como la presente. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho cuya decisión se transmita a través de una cadena de mando en la que cada agente transmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.

(R. N. N.º 2308-2013-Lima, de 24-09-2014. Sala Penal Transitoria)

Sobre la autoría mediata en un aparato organizado de poder, en nuestra jurisprudencia los casos paradigmáticos han sido el *caso Fujimori* y el *caso Abimael Guzmán.* En el caso Fujimori se ha dicho, en lo más sustancial, lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL

720. *Formas de autoría mediata.* (...) (3) La tercera modalidad es conocida como "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados", cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior. Es importante destacar que, en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales y extranjeros que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas. Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema -caso Abimael Guzmán Reynoso- del 14 de diciembre de 2007 un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría. Al respecto el propio Roxin ha aclarado que con relación a la coautoría

"falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier 'comisión conjunta' en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta". Y con referencia a la instigación ha sostenido que "la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato".

(Exp. N.º A. V. 19-2001 [Caso *Alberto Fujimori - Barrios Altos*], de 07-04-2009. Sala Penal Especial)

◇◇◇

La coautoría también ha sido materia de pronunciamiento de manera profusa en nuestros tribunales, en los cuales se ha desarrollado su contenido esencial:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Decimoprimero. [Los] imputados [...] sostienen que su grado de participación fue en calidad de cómplices secundarios, sin embargo, para la materialización de dicho ilícito penal existió una distribución de roles entre todos los encausados, se dio un trabajo concertado para la materialización de los hechos, es decir, existió una decisión común orientada al logro exitoso del resultado con un aporte esencial de cada uno de los agentes, por lo que se concluye válidamente que nos encontramos ante una coautoría.

(R. N. N.º 3592-2009-Ayacucho, de 30-06-2010. Sala Penal Permanente)

En otro momento, se brindó una definición de "coautor", en este sentido:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Trigésimo. [...] [Son] coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito **co-dominando el hecho**, los agentes intervienen en la co-realización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una **decisión conjunta al hecho típico**, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su **aporte durante la realización del delito**, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condicionó la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización. Es de insistir, por lo demás, que lo decisivo para la coautoría, como apunta Muñoz Conde, es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho [...].

(R. N. N.º 828-2007-Lima "Caso Cártel de Tijuana" de 08-06-2007. Negritas añadidas. Sala Penal Permanente)

También, en otro momento se ha señalado sobre la coautoría que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuando la conducta típica es realizada por dos o más personas, se presenta la coautoría o supuesto de autoría funcional, donde cada uno de los sujetos toma parte en la ejecución de los hechos en forma consciente y voluntaria con un dominio compartido del hecho; esto es, cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de la ejecución de la parte que le corresponde en la división ejecutiva del acto delictivo. Se trata pues, de una coautoría ejecutiva parcial basada en el reparto de las tareas comisivas de la infracción.

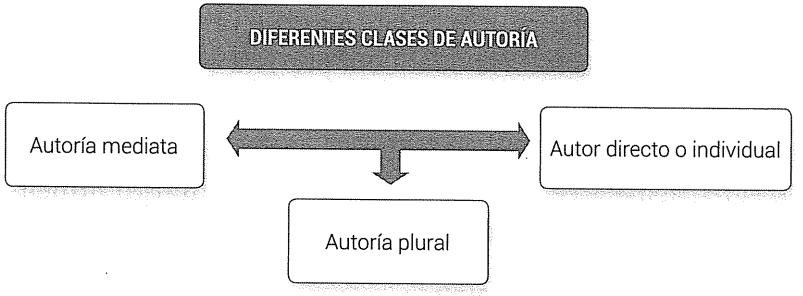
(R. N. N.° 4172-2004-Chincha, de 06-05-2004. Sala Penal)

Finalmente, en lo referente a los requisitos de la coautoría, nuestra jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Los tres requisitos que configuran la coautoría son, a saber: **a)** *decisión común*: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, que se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; **b)** *aporte esencial*: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución; **c)** *tomar parte en la fase de ejecución*: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría.

(R. N. N.° 4484-97-Cañete de 09-10-1997. Sala Penal)



VI. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

Cuando son varios los que intervienen conjuntamente en la comisión de un delito, realiza el tipo en sentido estricto quien formalmente domina la acción típica, pero surgen a la vez aportaciones —menos relevantes—, que contribuyen de cierta manera a la realización típica.

EJEMPLO

Quien suministra al autor el arma homicida o quien entrega la llave de una casa, para hurtar bienes muebles.

Así pues, son partícipes las personas que en forma libre contribuyen a ejecutar el acto punible, prestando al autor una ayuda o auxilio doloso o determinando a otro dolosamente a realizar la conducta antijurídica.

En su sentido más lógico, "participar" equivale a colaborar, intervenir, compartir, lo cual supone la existencia de un acto principal al cual se accede. De esta manera, si bien el partícipe no realiza por sí mismo el tipo, su punición se sustenta en una extensión del ámbito de la responsabilidad a quien en forma dolosa establece una condición para el hecho criminoso o lo ha instigado. Por esto, la responsabilidad del partícipe está supeditada a que se realice por lo menos en

grado de tentativa un delito[202]. El partícipe no es autor, pues su comportamiento no desarrolla la conducta prevista en el tipo, y solo accede a ella por vía indirecta, esto es, vinculando su conducta dolosa a la acción del autor principal. Mientras el autor guía y dirige la acción típica, el partícipe accede su comportamiento al injusto principal[203].

1. Principios de la participación

En la participación delictiva existen algunos principios que pueden servir de guías para establecer los límites e identificar los supuestos de participación:

a. Convergencia en la participación

La participación delictiva es siempre dolosa, entonces, en la participación se convergen voluntades hacia la consecución del delito.

b. Principio de accesoriedad en la participación

La conducta del partícipe es un hecho propio que está en relación de accesoriedad con el hecho principal del autor. La existencia de participación requiere de la existencia de una autoría en el hecho punible. Sin autor no hay partícipe.

c. Incomunicabilidad de las condiciones personales

El artículo 26 del Código Penal señala que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o par-

202 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* pp. 1027-1028.

203 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III *(La tipicidad),* p. 1028.

tícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Esta disposición se refiere a circunstancias o cualidades que *afecten* la responsabilidad, por lo que no podrá estar referida a la culpabilidad, en la medida que esta categoría del delito no *afecta* la responsabilidad penal, sino que la fundamenta. Así pues, la responsabilidad penal se encuentra afectada cuando tiene lugar una agravación o atenuación de la pena prevista para el delito correspondiente[204].

2. Formas de participación

a. La instigación

La instigación se encuentra regulada en el artículo 24 del CP, el mismo que a la letra refiere:

CÓDIGO PENAL

Artículo 24.- Instigación

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Señala Jakobs[205] (comentando el Código Penal alemán, que tiene la misma redacción que el peruano), que "determinar" supone un influjo psíquico a partir del cual el autor adopta su decisión, y persevera en ella, con dependencia de la voluntad del que influye. No basta cualquier influjo espiritual, sino que es necesario un influjo en el sentido de que ha de llevarse a cabo el hecho, este influjo no sólo tiene que realizarse, sino que además debe surtir efecto, es decir, el

204 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 708.

205 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 804.

dolo del inducido tiene que producirse precisamente en virtud de la comunicación del inductor acerca de la necesidad del hecho.

El instigador provoca la resolución criminal del autor. Algunos dicen que es quien "le hace surgir la idea delictiva", pero la actividad del instigador termina ahí. El instigador no participa en la ejecución del delito, ni mucho menos tiene el dominio del hecho sobre él.

Así las cosas, podemos distinguir en la instigación dos elementos: el primero es el de provocar la resolución criminal en otra persona; pero la conducta que provoque dicha decisión criminal debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer un delito.

Como se ha referido previamente, el delito del instigado puede ser doloso o culposo, dada la redacción de nuestro Código Penal y como lo hemos analizado en el acápite sobre el tipo imprudente.

EJEMPLO

No puede ser considerada una conducta de inducción una mera alusión elogiosa a un delincuente que motiva a otro a seguirle o el deseo de muerte que una persona expresa en momento de ofuscación y que otro decide hacerlo para agradarle. Pero además la conducta del inductor debe crear directamente una idea inexistente de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada[206]. Por lo tanto, no podrá considerarse instigación una conducta que solamente motiva a una persona a pensar en la posibilidad de cometer un delito como sería el caso de regalar un arma a un sujeto con un tremendo rencor sobre otro con la esperanza de hacer surgir en él el deseo de matarle, lo que efectivamente decide cometer[207].

206 De esto se deduce que no habrá instigación cuando ésta recaiga sobre un sujeto que ya está determinado a cometer un delito (denominado *omnimodo facturus).*

207 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 711.

Un segundo elemento es el "dolo" del instigador, esto es, el instigador debe saber que en efecto está instigando y poder representar los rasgos esenciales del delito que puede llegar a acontecer.

Nuestra jurisprudencia también ha desarrollado el tema de instigación en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo, se ha determinado el concepto y los presupuestos de la instigación en los términos siguientes:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. [...] 4.1.2. [...] Al respecto, por instigación o inducción, se entiende a la figura en virtud de la cual una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto, de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo cual lo distingue del coautor. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc., lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida. Sobre el particular, señala Mir Puig que la instigación es: "la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante el influjo psíquico a otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría doloso". Apunta, además, Conde-Pumpido Ferreiro que: "La inducción es una forma de participación moral consistente en hacer nacer en otro dolosamente la resolución de ejecutar el acto punible. De allí que se llame también autoría intelectual por cuanto es el inductor quien concibe y quiere inicialmente el delito, que pretende que cometa materialmente otro". Para la existencia de esta figura, debe llenarse condiciones de diverso orden, tal como se indica a continuación: **i)** debe existir un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor —la conducta típica y antijurídica realizada por el autor (injusto) debe ser producto de la actividad desplegada por el inductor, valiéndose de cualquiera de los medios antes mencionados; a su turno, el autor debe haber realizado el injusto al cual ha sido determinado, sin importar que lo haya hecho de manera culpable—;

ii) la actuación del inductor debe ser determinante —la acción desplegada por el inductor debe ocasionar la resolución en el autor de la conducta típica y antijurídica de cometer el hecho, debe compelerlo o determinarlo, lo cual resulta de suma importancia, pues el agente puede intentar inducir a quien ya está decidido de realizar el injusto—; **iii)** y el hecho realizado debe, por lo menos, implicar el comienzo de ejecución —el actuar al que se induce debe consumarse o alcanzar, siquiera, el grado de tentativa punible—; **iv)** el inductor debe carecer del dominio del hecho final-social —el instigador debe carecer de dominio del hecho, pues si lo tiene debe pensarse en la figura de la coautoría—; y, **v)** el inductor debe actuar de forma dolosa —para aludir a la exigencia subjetiva a diferencia de las anteriores que son objetivas, el inductor debe actuar con dolo, por lo menos eventual, de donde se infiere la ausencia de punibilidad de la instigación culposa—.

(R. N. N.° 1192-2012-Lima. "Caso Abencia Meza" de 19-12-2012. Sala Penal Transitoria).

En otro caso, también se utilizó la figura de la instigación cuando equivocadamente se había condenado a una persona a título de autoría mediata:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. [De] de la revisión de los actuados, se advierte que el título de imputación por el que la sentencia de grado condenó a la encausada [...] es por el de autora mediata del delito de parricidio; sin embargo, éste no resulta ser acorde al análisis que la institución de la autoría mediata merece, por cuanto la actuación de la procesada se circunscribió a la redacción de cartas remitidas por ésta encausada a su coprocesado con el objeto que éste desaparezca a su conviviente, sugiriéndole incluso que aparente un accidente, puesto que ambos coprocesados mantenían una relación sentimental de "amantes", evidenciándose con ello que el papel que cumplió la coprocesada fue el de instigadora y no de autora mediata como erróneamente apreció el colegiado superior por lo que en este extremo debe tenérsela en la calificación jurídica de la procesada como instigadora.

(R. N. N.° 2501-2009-Cañete de 28-01-2010. Sala Penal Transitoria).

Finalmente, en otro momento, también se dijo que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Tercero. El artículo 24 del Código Penal, referido a la instigación, reprime al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible con la pena que le corresponda al autor; que mediante la instigación el instigador hace surgir en otra persona -llamada instigado- la idea de perpetrar un delito, siendo este último el que ejecuta materialmente el medio típico; además, el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo [...].

(R. N. N.° 1552-2003-Del Santa de 09-08-2004. Sala Penal Permanente).

b. La complicidad

La complicidad se encuentra regulada en el artículo 25 del CP. En ella se regula la complicidad primaria y secundaria:

CÓDIGO PENAL

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

El cómplice es la persona que dolosamente contribuye o facilita la realización del hecho típico doloso y antijurídico. El cómplice realiza una conducta dolosa accesoria a la principal del autor, y por ello su comportamiento es distinto al de consumar la acción descrita del tipo penal. Sustancialmente, la acción del cómplice no desarrolla por

sí misma el tipo penal, su comportamiento será diferente, se limita a prestar ayuda o a contribuir a su realización, de suerte que mientras el autor cumple la acción típica, el cómplice favorece eficazmente su realización[208].

A diferencia del instigador, el cómplice sí participa activamente en la realización del hecho punible; pero a diferencia del autor, el primero no tiene del dominio del hecho, por eso se dice con corrección que la complicidad es una participación accesoria y dependiente del hecho del autor, por lo que no puede dar lugar a una tipificación penal independiente[209].

El cómplice favorece al autor mediante la contribución de determinados actos de colaboración, tendientes a permitir la realización típica, un aporte que para ser punible, debe ser objetivamente verificable. No basta pues el apoyo psíquico[210]. Estas contribuciones deben haberse dado en un contexto delictivo, pues de lo contrario quedarán en el marco de lo socialmente permitido (prohibición de regreso). Cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo, el hecho delictivo pasa a ser una obra también de los cómplices, quienes tienen cierto grado de dominio del hecho (pero no tiene el dominio del hecho, como ya se ha mencionado), sobre todo en lo que respecta al "cómo" del delito. Es el autor quien tiene el dominio en la configuración del hecho y no el cómplice[211].

Los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución; además, la complicidad puede darse por acción o por omisión. En este último supuesto, por

208 Gómez López, *Tratado de derecho penal. Parte general,* cit., Segunda parte, T. III (*La tipicidad*), pp. 1077-1078,

209 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 596.

210 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 596.

211 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 713

ejemplo, será cómplice de contrabando el oficial del barco que tolera el contrabando de otros miembros de la tripulación[212].

b.1. Complicidad primaria

El artículo 25, primer párrafo, del CP regula la "complicidad primaria" o también llamada "necesaria". El cómplice primario se caracteriza por realizar una contribución indispensable, tanto que si no la hubiese realizado el delito no se hubiese producido. Para intentar brindar una correcta interpretación a lo "indispensable" de esa contribución, Gimbernat recurre al criterio de la escasez. Él señala que la prestación del cómplice primario es aquella difícil de conseguir; en sentido contrario, en el cómplice secundario esta es de fácil consecución. Por otro lado, otros sostienen el criterio de intercambiabilidad, en el sentido que el cómplice primario es insustituible y el secundario es intercambiable.

b.2. Complicidad secundaria

A renglón seguido de lo anterior, se regula la complicidad secundaria. Esta puede entenderse en sentido contrario a la complicidad primaria, esto es, la contribución del cómplice secundario no es de tal trascendencia que llegue a evitar el delito, esto es, con o sin su contribución el delito se hubiese producido, pues su aporte no resulta indispensable para la acción típica.

La complicidad, en sus diversos aspectos, también ha sido materia de pronunciamiento en nuestros tribunales. Por ejemplo, en torno a la complicidad primaria y secundaria se ha dejado sentado lo siguiente:

212 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 713.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3.9. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. **3.10.** Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas [la complicidad primaria y secundaria] radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. **3.11.** De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la Policía. **3.12.** La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta —objetivamente típica— también puede ser imputada subjetivamente.

(Casación N.º 367-2011-Lambayeque, de 15-07-2013, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante. Sala Penal Permanente).

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que, en la complicidad, el aporte debe ser anterior o concomitante al momento de la ejecución del hecho, en este sentido:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. Que como a los citados imputados se les atribuye la condición de cómplices, en armonía con el artículo veinticinco del código penal, dicha calidad es aplicable al que "dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible", lo que significa que el agente debe participar conscientemente en el plan delictivo que anima al autor y, en tal virtud, prestar su colaboración en la realización del hecho típico y antijurídico, lo que significa que su aporte debe ser anterior o concomitante al momento de la ejecución del hecho delictivo, de tal manera

que no se rompa el nexo o vínculo entre el hecho principal llevado a cabo por el autor del injusto y la acción desplegada por el cómplice, pues toda contribución posterior al suceso que no suponga un compromiso anterior por parte del agente no podrá calificarse como complicidad.

(R. N. N.º 2232-2009-Lima de 21-07-2010. Sala Penal Permanente).

Así también, se ha señalado sobre este tema que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[La] complicidad se encuentra ubicada en un nivel, accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores; que, no se puede condenar como autor en su calidad de cómplice secundario como el caso de autos, ya que un agente puede ser autor, coautor, cómplice primario o secundario, pero estos grados de participación no pueden ser acumulativamente [...].

(R. N. N.º 1250-2000-Cono Norte de 10-07-2000. Sala Penal).

En otro sentido, y en lo referente a la complicidad primaria, específicamente en cuanto a sus elementos, se ha dicho que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Existen dos elementos que caracterizan la figura de complicidad primaria: a) intensidad objetiva del aporte al delito y b) momento en que éste se realiza. Teniendo como base este segundo elemento; la intervención si es esencial debe tener lugar en la fase preparatoria del hecho. En ese sentido, en los presentes autos se ha llegado a establecer que la participación de la encausada se produjo en la fase de preparación del hecho delictivo, esto es, al efectuar una labor de vigilancia en la casa de los agraviados, previamente a la comisión del delito. Siendo así, la conducta que desarrolló constituyó un aporte necesario o imprescindible al hecho según el plan delictivo por lo que su condición es la de cómplice primaria.

(R. N. N.º 5584-2006-Lima, de 26-04-2007. Sala Penal).

Por otro lado, también sobre la complicidad primaria y los límites de esta en torno a la prohibición de regreso, se ha dejado sentado que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. Que lo actuado revela, primero, que el imputado no proporcionó una versión uniforme, pues el nombre de CHL recién lo citó en su instructiva, pese a ser su amigo y no lo identificó correctamente; segundo, está probado que el vehículo utilizado en el transporte de los dos asaltantes -coautores- era el conducido por el imputado; tercero, de igual manera, tanto los agraviados como la paciente y el vecino del dentista afectado, mencionan que el vehículo estaba parado frente al consultorio; cuarto, el testigo CEL anotó con claridad que los delincuentes que salieron corriendo del consultorio de su vecino ingresaron prestamente al vehículo conducido por el encausado GUR. **Sexto.** Que, en tal virtud, es obvio que este último participó en los hechos, como cómplice primario —que tiene la misma pena del autor (artículo 25 del Código Penal)—, pues trasladó a los delincuentes, los esperó a que asalten al agraviado y, luego, huyó con ellos en el vehículo que conducía. No se está ante un supuesto de 'prohibición de regreso': no es una conducta inocua y propia del rol de un chofer, pues medió concierto con los dos delincuentes no identificados a fin de transportarlos para el éxito del plan criminal, en el que necesariamente tuvo que participar activamente. El suceso histórico siempre ha sido narrado y debatido de esa forma, por lo que el error dogmático en la calificación de la intervención no vulnera los principios acusatorio y de contradicción.

(R. N. N.º 2992-2013- Del Santa de 16-05-2014. Sala Penal Transitoria).

Se ha afirmado también que el cómplice primario se distingue por brindar un auxilio doloso determinante, en este sentido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Actuó en calidad de cómplice primaria (primer párrafo del artículo 25 del código sustantivo) al haber brindado auxilio doloso determinante para su ejecución, aprovechando su familiaridad con la víctima, coordinando la entrega de las sumas de dinero y llevándola personalmente a la habitación

del centro de hospedaje donde se concretaron los vejámenes, actos que no se habrían materializado sin su contribución.

(R. N. N.º 306-2004-San Martín de 20-07-2004. Sala Penal Permanente).

En otro sentido, también se ha desarrollado el ámbito conceptual de la complicidad secundaria, sobre ello se ha dicho que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[Los] encausados [...] se mantuvieron a escasos metros donde se desarrolló el hecho imputado, expectantes e inactivos, consintiendo la consumación del ilícito, dialogando con los sujetos que ejecutaron el mismo, a quienes conocían, configurándose por ende un caso de complicidad secundaria, ya que la presencia de los citados procesado fue prescindible, no requiriéndose su concurso activo en la consumación del objetivo trazado [...].

(R. N. N.º 989-2004-Callao de 15-07-2004. Sala Penal).

En similar sentido, se ha dicho que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. [...] [La] complicidad está configurada por el aporte doloso que presta el partícipe a quien realiza, en forma intencional, un injusto típico, lo cual implica una colaboración concretizada en una prestación de ayuda que facilita o favorece a quien realiza el delito, entendido este como comportamiento reprochable del hombre, porque solo a él se le exige la adopción de una conducta o la abstención de otra conforme a los cánones de la ética y las exigencias de la ley [...]. **Quinto.** La complicidad secundaria, tal como lo preceptúa el artículo 25 del Código Penal, exige como elemento para su configuración que el agente "preste asistencia" al autor para la realización del hecho punible, con la salvedad que dicha asistencia no debe ser imprescindible para la comisión del delito, porque en este caso estaríamos ante complicidad primaria.

(R. N. N.º 3568-2011-Lima de 08-11-2012. Sala Penal Permanente).

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Ahora bien, hasta aquí hemos abordado la autoría y participación en términos de los delitos de dominio —también llamados de competencia por organización—, esto es, aquellos delitos que los comete cualquier ciudadano en virtud a la infracción de su rol de tal por su competencia por organización.

Podemos (y debemos) hacer una distinción entre los delitos de dominio (competencia por organización) y los de infracción de deber (competencia por institución), siendo los primeros aquellos que pueden ser realizados por cualquier persona en virtud al rol general de ciudadano. Este rol supone el no dañar a otro dentro de la organización social que se configura a sí mismo y de la que forma parte, mientras que los segundos requiere que se infrinja el deber positivo impuesto institucionalmente.

1. Acercamiento conceptual

El profesor Roxin nos ofrece un primer acercamiento a los delitos de infracción de deber en la que refiere que son tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo.

Lo decisivo no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos, la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pre típico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resul-

tado o el dominio del hecho. En estos casos, Roxin se refiere a delitos de infracción de deber[213].

En estos delitos (a diferencia de los delitos de dominio) no se orienta al resultado del mundo exterior o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial del autor[214]. Es esta división entre delitos de dominio y de infracción de deber —observa Roxin— un reflejo de la realidad social: en efecto, los tipos del delito de infracción de deber tratan de proteger la "capacidad de función" de diversos "campos de la vida preconfigurados", mientras que, en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, "según el derecho, debiera estar intacto"[215].

Por otro lado, según Jakobs, las dos clases de delitos (de dominio y de infracción de deber) responden a dos fundamentos diferentes de la responsabilidad o imputación. Los primeros (delitos de dominio) son consecuencia de una relación sinalagmática "libertad de organizar/ responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice"; mientras que los segundos (delitos de infracción de deber) son imputación como consecuencia de ciertas instituciones, cuyo fundamento reside en que poseen el mismo peso que el sinalagma referido[216]. En la responsabilidad por organización (delitos de dominio) se imputan consecuencias en virtud de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un *mundo en común* entre el bien

213 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2014, T. II, p. 180.

214 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción del deber y participación delictiva.* Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 29.

215 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva,* cit., p. 31.

216 Cfr. Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit.

jurídico y el autor. Estas instituciones son deberes extrapenales, realidades previas ya conformadas.

Estas instituciones son la familia (relación materno y paterno filial, relaciones entre esposos), el Estado (tiene dos aspectos: los deberes estatales que se derivan de relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales; el primero tiene lugar cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado ejerce el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes[217] —por ejemplo el abuso de autoridad, el peculado, la colusión desleal—), la confianza especial (por ejemplo, la que se trasluce en la relación entre los bomberos-afectados del siniestro, la relación abogado-cliente, médico-paciente) y la solidaridad (es la que se sustenta en el deber de los ciudadanos de auxiliar a otro que se encuentre en una situación de necesidad). Estas instituciones son ámbitos cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida y que son quebrantadas desde dentro por el *obligado especial.* En cambio, en los delitos de dominio, el autor irrumpe quebrantando la paz desde fuera (v.gr. un homicidio, robo, violación, etc.) en espacios que él tendría que haber dejado intactos.

En efecto, el tratamiento que se le debe brindar a la autoría y la participación en los delitos de dominio y de infracción del deber es distinto. En los delitos de dominio la teoría de dominio del hecho es suficiente para solucionar la mayoría de casos sin mayores inconvenientes. Sin embargo, en el tratamiento de los delitos de infracción de deber, la óptica que se les debe dar es diferente, por cuanto el fundamento de la responsabilidad no se sustenta en el suceso empírico *per se* (como sucede en los delitos de dominio) sino en el deber especial quebrantado (como consecuencia del suceso empírico). El aporte que ofrece Jakobs, al delimitar los deberes especiales como "institu-

217 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 372.

ciones", es de valía, permite avizorar el fundamento del castigo de estos quebrantamientos, pues no cualquier deber impuesto legislativamente supondría la comisión de un delito de infracción de deber, sino solo aquellos basados en "instituciones". Sin embargo, salta a la vista la pregunta: ¿cuál deber ser el contenido de estas instituciones? De hecho, los cambios sociales y generacionales que supone el paso del tiempo habrán de llenar de contenido cuál es el ámbito de la familia, el Estado, la confianza o la solidaridad que serán merecedores de protección en virtud a la función e importancia que impliquen para el funcionamiento del *mundo en común.* Los deberes especiales a los que habrá de estar vinculado el obligado especial en estos delitos de infracción de deber habrán de estar configurados según las características de la sociedad concreta y la necesidad de protección de estos en cada ámbito de vida.

2. Objeciones a la teoría de los delitos de infracción del deber

Existen algunas posturas que niegan la necesidad de la distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber.

Por ejemplo, Schüneman —citado por Roxin— intenta una conciliación estrecha (entre los delitos de dominio y de infracción de deber), interpretando los delitos de infracción de deber como casos de "dominio de protección sobre el bien jurídico" o en una formulación más reciente "dominio del suceso o acontecimiento en el sentido de control sobre un ámbito social", y con ello los delitos de infracción de deber serían una manifestación más de los delitos de dominio. De este modo pretende Schünemann constituir un principio normativo fundamental unitario del dominio del hecho[218].

218 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2014, T. II, p. 182.

En similar sentido, plantea Botke el "principio rector del dominio configurativo", que según este autor se pueden someter tanto los delitos de dominio como de infracción del deber. Así las cosas, la principal objeción radica en si las reglas de autoría y participación aplicables en la teoría del dominio del hecho, con los matices que plantea Schünemann o Botke, son suficientes para abarcar los denominados delitos de infracción de deber. Esta es una discusión valedera y aún abierta, aunque minoritaria en la doctrina, la que por lo general acepta la diferenciación entre delitos de dominio y de infracción de deber en base a los criterios esbozados arriba.

3. Delitos de Infracción de deber y delitos especiales (diferencias)

Hay que hacer una distinción importante entre los delitos de infracción del deber y los delitos especiales. En principio, la clasificación delitos de comunes y delitos especiales es una clasificación de los delitos de dominio. En los delitos especiales solo se requiere que el sujeto activo tenga una característica específica (la que señala el tipo penal), se requiere un sujeto activo cualificado y como consecuencia de ello una restricción del posible radio de autores.

En los delitos de infracción de deber lo esencial es el quebrantamiento de una institución en los términos arriba estudiados, y la competencia del obligado especial por dicho quebrantamiento. Así, tenemos delitos que, en principio, podrían ser vistos como comunes (bajo la antigua distinción entre delitos comunes y delitos especiales) pero que son de infracción de deber por estar detrás de ellos el quebrantamiento de una institución (por ejemplo: la violación sexual de un hijo cometida por el padre).

4. La autoría en los delitos de infracción de deber

El autor en los delitos de infracción de deber es el *obligado especial.* Este es el que quebranta el deber especial configurado sobre él (o para

la protección o salvamento de él). Es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante —con o sin dominio del hecho—, un omitiendo o, simplemente las fuerzas de la naturaleza: el obligado siempre responde como autor[219]. Independientemente de si el obligado especial tiene o no el dominio del hecho (pues ello es indiferente para los delitos de infracción de deber). El quebranto de los deberes impuestos institucionalmente lo convierte en incumbente o en el centro del daño del bien jurídico.

EJEMPLO

En el delito de prevaricato el obligado especial es siempre el juez o fiscal; en el peculado el obligado especial es el funcionario público (estos son delitos de infracción deber positivados); o la madre que permite que un tercero viole a su hija (esta madre respondería por violación por ser la obligada especial respecto del cuidado de su hija por la institución materno-filial; este es un delito de infracción de deber no positivado).

5. ¿Coautoría en delitos de infracción del deber?

No es posible la coautoría en delitos de infracción de deber dada la naturaleza personalísima del deber especial, lo que existiría en su caso son autorías paralelas, confluyentes o accesorias, empero no coautoría en sentido estricto dada la naturaleza intrínseca al autor del deber especial y la institución quebrantada.

Son dos situaciones las que se deben aquí elucidar. La primera es si es posible la coautoría entre un autor de un delito de dominio y otro de un delito de infracción de deber. Otra surge si sería posible coautoría entre varios obligados especiales que a la vez llevarán a cabo un delito de infracción de deber. En el primero de los casos tenemos

219 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva,* cit., p. 183.

por ejemplo: si un particular infringe lesiones junto a un obligado especial quien omite cumplir su deber (un policía que tiene el deber de custodiar a la víctima); en este caso, el funcionario es garante inmediato y responde en virtud de la lesión de su deber positivo de protección según la institución estatal a la que pertenece. De otro lado, el particular responde en virtud al dominio del hecho sobre las lesiones; en este caso tenemos la concurrencia causal de dos autores autónomos en un mismo delito, no es posible la coautoría, además, dado que esta supone criterios de imputación únicos para todos los coautores, lo que no existe entre el obligado especial y el competente por organización pues el quebrantamiento de un deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo, pues si bien podrá haber coincidencia en tiempo y en lo externo de la lesión del mismo bien jurídico llevada a cabo por otra persona mediante una *organización defectuosa* sin embargo, en el plano normativo ambas lesiones son paralelas e inconexas entre sí[220]. Esta respuesta a la primera interrogante se puede trasladar parcialmente a la segunda, tampoco habrá coautoría en el caso de la coautoría de los obligados especiales. Tampoco habría posibilidad de hablar de coautoría dada la naturaleza personalísima del deber; cada autor será competente por su deber quebrantado de manera independiente sin que interese el actuar de otro obligado, en este caso, como en el primero, estaríamos hablando de autorías paralelas.

6. Participación delictiva en delitos de infracción de deber

Se han esbozado diversas teorías a fin de determinar si el *extraneus* (el partícipe que no tiene el deber especial) puede ser sancionado como partícipe de un delito de infracción de deber. Son dos las principales teorías: teoría de la unidad y de la ruptura del título de imputación.

220 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva,* cit., pp. 201-202.

a. Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría consagra el principio de accesibilidad, pues distingue al autor y al partícipe en la ejecución de los delitos de infracción del deber. Está de acuerdo en que un extraño no puede ser tratado como autor de delitos de infracción de deber, pero sí considera necesario responsabilizarlo como partícipe. Lo anterior, porque la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y no se puede permitir que quienes hayan realizado un delito queden impunes por no alinearse a las características especiales determinadas por el tipo. El *extraneus* que coopera con un *intraneus* en la comisión de un delito especial no será considerado como partícipe de un delito común, sino de un delito de infracción de deber, que es aún más grave. Existe, pues, una unidad de intenciones de afectar un bien jurídico propio de personas que tienen las condiciones determinadas por el tipo y por personas que no cumplen con ellas.

La teoría de la unidad del título de imputación no permite juzgar al interviniente por delitos diferentes; deben responder por el mismo delito como autor o como partícipe. A pesar de que el *extraneus* determine al *intraneus* (el obligado especial) o coopera con él para ejecutar un delito, no podrá ser considerado como autor, pues es el *intraneus* quien tiene a su alcance la posibilidad de evitar la afectación del bien jurídico; sería diferente si el *intraneus* no realiza la conducta y el *extraneus* constituye acciones que por sí ya configuran un delito diferente[221].

221 Ramírez Morales, María. *La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión desde el principio de unidad del título de imputación.* Universidad de Guanajuato, Guanajuato (México), 2019, p. 66.

b. Teoría de la ruptura del título de imputación

Esta teoría define que únicamente los *intraneus* serán los responsables de los delitos especiales por ser quienes cumplen con las cualidades específicas del tipo, mientras que los *extranjeros* sólo tendrán responsabilidad jurídica cuando su conducta concurra en la descripción de un delito común.

Quienes apoyan esta teoría manifiestan que las descripciones del tipo especial no pueden servir como base para establecer la punibilidad del extraño interviniente. Es sencillo aplicar esta teoría cuando de delitos especiales impropios (son los delitos que tienen un correlato en el Código Penal, por ejemplo, peculado/apropiación ilícita) se trata, pues el *intraneus* responderá como autor o partícipe de un delito especial de acuerdo con la intervención que haya tenido en él y el extraneus será autor del delito común subyacente, si fue este último quien utilizó al *intraneus* como instrumento para realizar una conducta delictiva. El problema se presenta cuando se trata de delitos especiales propios y la teoría de la ruptura del título de imputación nos dice que los *intraneus* responderán como autores de los delitos especiales y no existirá punibilidad para el *extraneus* por no presentarse un delito común subyacente. La crítica para esta teoría es que tiene un defecto importante, pues, en el caso de los delitos especiales impropios, el *intraneus* tendrá responsabilidad como autor de un delito especial si tuvo el dominio del hecho y el *extraneus* como partícipe de un delito común que realmente no se cometió si prestó ayuda al *intraneus* o lo determinó para realizar el tipo. Sin embargo, en los delitos especiales propios, si fue el *extraneus* quien tuvo el dominio del hecho, será el *intraneus* quien se responsabilice como partícipe de un delito que no existe, pues al *extraneus* no lo acepta como posible autor de delitos especiales. Si recordamos el principio de accesoriedad, es necesario que exista el autor de un hecho, y que por lo menos comience a realizar la conducta, para que pueda existir un partícipe. Siendo así,

el *intraneus* tampoco tendría responsabilidad penal. En consecuencia, los intervinientes extraños no podrán tener responsabilidad de un delito especial propio (aquellos que no tienen un correlato en el Código Penal, por ejemplo, el prevaricato), por lo tanto, esta teoría genera un vacío de punibilidad.

Ambas posturas, completamente divergentes han sido una discusión constante tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia (la misma que se ha decantado por la teoría de la unidad del título de imputación), sin embargo, de *lege lata* dicha discusión ha sido, al día de hoy zanjada en virtud al artículo 25 del CP[222].

No obstante, es importante brindar un fundamento para que al día de hoy el *extraneus* (aquel que no tiene la obligación especial) responda por su participación en los delitos cometidos por el *intraneus* (el obligado especial, el que quebranta el deber especial o competente institucional).

Sobre esto debemos señalar que el partícipe, sea cómplice o instigador no realiza el tipo penal (como sí lo hace el autor, obligado especial), sino que accede a él en virtud a las reglas de intervención delictiva de la parte general. El partícipe *extraneus* quebranta un tipo penal ampliado. El *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena.

La admisión de la participación punible se fundamenta en el quebrantamiento de "normas secundarias" (según la terminología de Nagler) que amplifican el tipo de la parte especial, bajo esta lógica no es necesario que el *extraneus* se halle primeramente vinculado, sino

222 A razón de la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017, el mismo que modifica el artículo 25 del CP; cuyo texto dispone lo siguiente: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él".

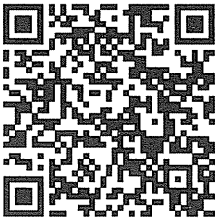
que es suficiente que lo sea de forma secundaria pero se valga de un obligado especial (quien es en buena cuenta quien quebranta el deber especial); esta sería su forma de vincular su actividad (la del *extraneus*) con la norma especial (el tipo de infracción de deber). Las barreras que impedían al *extraneus* alcanzar el objeto protegido desaparecen si el *intraneus* lesiona a su vez también su deber. La institución se habría hecho accesible para el *extraneus*.[223]

VIII. LA OMISIÓN IMPROPIA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

No existe impedimento y, por el contrario, es lo más común en la comisión de delitos funcionariales —por ejemplo— que estos se realicen por comisión por omisión. El "no hacer" o el "hacer otra cosa distinta" por el obligado especial supone la realización del tipo de infracción del deber. Ahora, cabe preguntarse si todos los delitos de comisión por omisión son también de infracción del deber. Sobre este punto, no existe un consenso en la doctrina, por un lado, Roxin señala que todos los delitos de comisión por omisión son a su vez de infracción de deber. De otro lado, Sánchez Vera refiere que esto no es necesariamente así. Somos de la posición, en base a lo señalado supra que en los delitos de infracción de deber lo esencial es el quebrantamiento de una institución (familia, Estado, confianza especial, solidaridad). Así las cosas, en aquellos delitos en los que se quebrante las instituciones referidas y se cometan por omisión impropia serán aplicables las reglas que le son propias a los delitos de infracción de deber; de otro lado en aquellos que no se quebrante el deber especial serán aplicable las reglas de la teoría del dominio del hecho.

223 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, cit., p. 221.

También ha sido materia de pronunciamiento en nuestros tribunales la participación del *extraneus* en los delitos especiales (que nosotros preferimos llamar como delitos de infracción de deber). Por ejemplo, en torno al *extraneus* y la teoría de la unidad del título de imputación se dijo:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

11. Este tipo de delitos [de infracción de deber] restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus". Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

(Acuerdo Plenario 2-2011-CJ-116, del 06-12-2011. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria)

En sentido contrario, también se ha tratado este tema, pero bajo el punto de vista de la teoría de la ruptura del título de imputación; a saber:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

10. El artículo 26 del Código Penal [...] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación [...]. Esto significa que, en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan

conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. **11.** Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal [...] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

(Casación N.° 782-2015-Del Santa de 06-07-2016. Sala Penal Permanente)

CAPÍTULO 9
LA ANTIJURICIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la evolución del concepto de antijuridicidad, las clases de antijuridicidad, así como sus características y relaciones. Se analiza también, con especial atención, el estado de necesidad y la legítima defensa.

I. DEFINICIÓN

La antijuricidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuricidad es un juicio de valor "objetivo", en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico.[224] La adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito. La tipicidad es considerada el "fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad" y el delito como un "acto típicamente antijurídico. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad.[225]

Según López Barja de Quiroga, la antijuricidad es el *acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho.* La antijuridicidad es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción

224 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general,* 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, pp. 76-77.

225 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general,* 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 406-407.

existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.[226] La condición o presupuesto de la *antijuridicidad* es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. Por ejemplo, el homicidio se castiga sólo si es antijurídico; si se justifica por un *estado de necesidad* como la legítima defensa no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas, aunque sean típicas.

RECUERDA

LA ANTIJURICIDAD ES el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho.

Hay tres posiciones respecto a las relaciones entre tipicidad y antijuricidad:

1. La teoría del tipo avalorado, neutro o acromático. La tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad.
2. La teoría de la ratio cognoscendi o del tipo indiciario (Meyer). La tipicidad es a la antijuricidad como el humo respecto al fuego. La tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum*.
3. La teoría de los elementos negativos del tipo. Weber señala que la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad y las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo. [227]

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad

226 López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito,* Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, p. 181.

227 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho Penal. Parte general,* 4ª reimpresión de la 2ª edición, Cárdenas, México D.F., 1998, p. 465.

no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.[228]

En resumen, la antijuricidad es lo contrario al Derecho. El ordenamiento jurídico está constituido por preceptos prohibitivos y preceptos permisivos. La violación de los primeros define una conducta típica, un indicio de antijuricidad. Es necesario establecer si la conducta típica realizada tiene una causa de justificación para determinar su antijuricidad. Es decir, si la acción típica se ha cometido en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de órdenes, consentimiento, etc., entonces, la conducta siendo típica no es antijurídica y, por lo tanto, no hay delito. Excluyendo, además, el juicio de culpabilidad.

Como lo sostiene Muñoz Conde, el derecho penal no crea la antijuridicidad, sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

Enrique Bacigalupo sostiene que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación

228 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general,* Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 341.

del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no intervine a favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuricidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de la antijuricidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto).

Bacigalupo afirma que "la antijuricidad no es cuantificable: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, sí es cuantificable, dado que un hecho típico y antijurídico puede ser más o menos grave, o sea: más o menos ilícito."

RECUERDA

LA ANTIJURICIDAD NO ES CUANTIFICABLE: un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico. En este aspecto la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (hecho típico y antijurídico) que, por el contrario, sí es cuantificable.

Ahora bien, ¿la exclusión de la antijuridicidad sólo se da en el ámbito penal? En la teoría actual de la justificación se pone en duda el postulado de la unidad del orden jurídico y de ello se deduce que es posible admitir una antijuridicidad específicamente penal con la contrapartida de una justificación específicamente penal (es decir, que no tiene efectos justificantes en otras ramas del derecho, por ejemplo, civil, administrativo).

El postulado de la unidad de orden jurídico conducía a la unificación de los efectos de las causas de justificación en todo el orden jurídico: así, por ejemplo, el autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no solo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil. Este punto de vista fue totalmente dominante hasta hace algunos años.

De gran interés es la tesis desarrollada por Günther Jakobs, que distingue causas de justificación específicamente penales, que excluyen la antijuridicidad específicamente penal, pues reducen el contenido de ilícito por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal: dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta típica tenga un alto grado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria en el derecho administrativo o civil. La consecuencia práctica sería una conducta penalmente justificada, que, sin embargo, no lo está en el ámbito civil, en el cual el deber de indemnizar el daño causado seguiría subsistente. Frente a tales causas de justificación específicamente penal se deben distinguir, según la tesis de Günther Jakobs, las que tienen un carácter general porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad).

Otro sector de la doctrina llega a ciertas consecuencias similares distinguiendo entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención. Las primeras sólo justifican la realización de la acción, pero no imponen al afectado por la autorización de la acción el deber de tolerar una lesión en sus bienes jurídicos.

Por el contrario, las autorizaciones de intervención imponen al afectado el deber de soportar en sus bienes jurídicos las consecuencias de la acción justificada (no cabe legítima defensa contra quien se defiende legítimamente).

EJEMPLO

X tiene decidido publicar una imputación que afecta el derecho a la intimidad y el honor de Y; este le sustrae los documentos para salvar su honor. Esta última acción no estaría cubierta por una legítima defensa, pero sí —en opinión de estos autores— por un estado de necesidad, dado que los incisos 3, 4, 5, 7, 8 y 10 del artículo 2 de la Constitución sólo otorgan una autorización de acción, pero no un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos.

Con la antijuridicidad[229] se termina por completar el injusto penal. Para que una conducta tenga el carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal[230]. La antijuridicidad es una contraposición a lo *jurídico*, la *contrariedad de una conducta con el ordenamiento jurídico*[231]. Así pues, en términos latos podemos decir que la antijuridi-

229 Algunos autores la denominan antijuricidad.

230 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 569.

231 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal,* 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, T. III, pp. 958 ss.; Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general,* 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, p. 76;

cidad es aquello no conforme con el Derecho; esto es, contrariedad con normas constitucionales, internacionales, legales o infralegales.

De esto podemos colegir que la antijuridicidad no es exclusiva ni excluyente del Derecho Penal, antes bien, la podemos encontrar en cualquier rama del Derecho.

EJEMPLO

- La antijuridicidad administrativa: es la contrariedad con el derecho administrativo (una multa impuesta por un gobierno local, por ejemplo).
- La antijuridicidad civil: es la contravención de alguna norma civil (por ejemplo, en la responsabilidad civil extracontractual la "antijuridicidad" es un requisito necesario, conjuntamente con el daño, el nexo causal y el factor de atribución).

Así las cosas, si lo *jurídico* expresa el contenido global de la totalidad de las normas jurídicas escritas y no escritas, formales y materiales imperantes en una sociedad concreta, de ello se deduce que la determinación y el contenido de la *antijuridicidad* se extrae igualmente de *todo el ordenamiento jurídico*[232].

En este sentido, y hechas estas precisiones debemos señalar que la antijuridicidad en términos penales puede ser entendida en dos sentidos, en primer lugar, como principio y en segundo lugar como elemento de la teoría del delito. En el primer sentido lo podemos deducir del

---

Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general,* 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 315; Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y justificación.* Trillas, México, 1986, pp. 25 ss.; Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Segunda parte, T. IV *(Antijuridicidad y causa de justificación).* Doctrina y Ley, Bogotá, 2011, p. 65.

232 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general,* Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 317; Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 67.

principio *nullum crimen sine iniuria.* Esto se colige normativamente del principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos[233], o lo que ha sido entendido por algunos autores como *antijuridicidad material,* mientras que como elemento del delito podemos entender a la antijuridicidad como la condición de acción contraria a derecho sobre la cual no existe motivo alguno de justificación o permisión.

Así las cosas, con la antijuridicidad se perfecciona un comportamiento injusto. La antijuridicidad importa un predicado, lo injusto un sustantivo, esto es, un comportamiento desvalorado por el ordenamiento jurídico[234].

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD

No obstante, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Rudolph von Ihering, quien lo entendía, desde el ángulo del derecho civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuridicidad objetiva.

El pensamiento clásico (positivismo jurídico para sus cultores; causalismo para sus detractores) concibió a la antijuridicidad como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el derecho, con el orden jurídico del Estado. Como explica Mir Puig, "si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal [el tipo era una construcción totalmente neu-

233 El mismo que se encuentra regulado en el artículo IV del TP del Código Penal, el mismo que a la letra señala: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

234 Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general,* 3.ª ed., Temis, Bogotá, 1997, 455; Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 642.

tra, para convertirse luego con un ligero criterio valorativo en *ratio cognoscendi*], con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción."

RECUERDA

EL PENSAMIENTO CLÁSICO CONCIBIÓ A LA ANTIJURIDICIDAD como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el derecho, con el orden jurídico del Estado.

Esta teoría llevaba a confundir diferentes planos de análisis y de lenguaje. Del plano exterior (lenguaje descriptivo) se pasaba al análisis de los operadores deónticos (aspecto prescriptivo) para con posterioridad volver al aspecto exterior y, en su caso, a los aspectos subjetivos (lenguaje descriptivo) en las causas de justificación y en la culpabilidad (de tinte psicológico), debiendo caminar dos o más veces por el mismo sendero analítico ya recorrido.

Para el neoclasicismo (normativismo para sus defensores; neocausalismo para críticos), de orientación neokantiana, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho. Lo injusto se concebía como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo (como desvalor de resultado), a diferencia de la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción a la norma de determinación dirigida a la voluntad (Mezger).

RECUERDA

PARA EL NEOCLASICISMO, de orientación neokantiana, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho.

El pensamiento neoclásico, sin perjuicio de haber sido el artífice del aspecto valorativo propio de los tipos, no logrará sistematizarlo. Asimismo, su distinción en norma de valoración —propia de este sector— y norma de determinación —postergada hasta la culpabilidad— lo hará incurrir en las asimetrías de la doctrina predecesora.

Con Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna el paradigma estructural que llevaba todo lo objetivo al entuerto y todo lo subjetivo a la culpabilidad entrará definitivamente en crisis. Estos autores no sólo pondrán en duda la pertenencia del dolo a la culpabilidad, sino que iniciarán los trabajos previos que abrirán paso a la teoría final de la acción y al apotegma "objeto de valoración (entuerto) y valoración del objeto (culpabilidad)".[235]

Por último, el finalismo de Welzel será quien pondrá, a partir de su concepto ontológico de acción (estructuras lógico-objetivas) —de otro modo, acción final—, el último eslabón para la elaboración del tipo complejo. Al traspasar el dolo, y consecuentemente, la imprudencia al tipo, lo que antes era mero disvalor de resultado se transforma fundamentalmente en disvalor de acción (de intención).

Su defecto será proporcionalmente inverso al del normativismo. Al ser el tipo un reflejo esencialmente de la norma de determinación, los criterios normativos de imputación propios de la norma de valoración quedan excluidos de este sector; el análisis del tipo será la de un objeto meramente descriptivo y avalorado (objetivo-subjetivo) y, en todo caso, sus criterios de valor estarán más vinculados con una posición ética que con un sistema de convivencia social.

Descartada su filosofía de las estructuras lógico-objetivas, la sistemática del finalismo es receptada por la mayoría de los doctrinarios en

235 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

la actualidad. También se han receptado aquellos criterios valorativos elaborados por el pensamiento neoclásico dando lugar a un supertipo (o tipo hipercomplejo), en el cual se analizan simétricamente los elementos externos (objetivos), internos (subjetivos) e intersubjetivos (normativos o sociales), vale decir, los componentes descriptivos, como así también los elementos deónticos, esto es, los componentes prescriptivos.

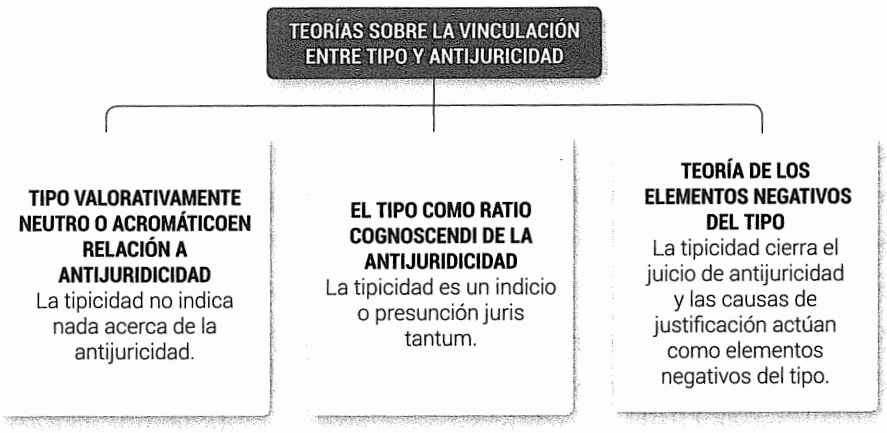
Siguiendo a Kindhäuser, estimamos que los errores sobre los elementos externos son errores sobre los presupuestos fácticos y, por ende, sobre la verdad de la situación. Se trata, entonces, de errores de hecho o de tipo. Por el contrario, los errores sobre los componentes normativos o sociales, son errores que se refieren al sentido lingüístico y, como consecuencia, son errores sobre el sentido de la norma. Son, por ello, errores de derecho o de prohibición.

Nuestra concepción del delito culposo (*minus dolo*) y el principio de culpabilidad derivan lógicamente en el reconocimiento de que la pena no alcanza a quien realizó el hecho que configura el delito culposo en error de derecho o prohibición inevitable por defecto en la aprehensión del significado de la norma.

Si bien se ve, pues, la evolución de la teoría del entuerto es la historia de la transmutación de las excepciones subjetivas (elementos subjetivos del tipo, tentativo) y normativas (fin de protección de la norma) en reglas (tipo subjetivo y tipo normativo).

III. RELACIONES PROPUESTAS ENTRE TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

En la evolución de la teoría del delito se han propuesto las siguientes doctrinas sobre la vinculación que existe entre tipo y antijuridicidad:



1. Tipo valorativamente neutro o acromático en relación a la antijuridicidad

Según esta teoría, la tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad. Para Beling, creador del moderno concepto de tipo (1906), este tiene carácter puramente descriptivo y, por ende, con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la licitud, a pesar de su derivación de lo ilícito. Hay acciones adecuadas al tipo que no son antijurídicas y, por contrapartida, hay acciones antijurídicas que no se adecuan a un tipo. El tipo y la antijuridicidad estaban claramente separados.

2. El tipo como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad

Max E. Mayer considera a la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, porque señala su existencia "como el humo al fuego". La tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum*.

Hans Welzel, padre del finalismo, si bien con las transformaciones que implicó la construcción del tipo complejo, se hará eco de esta doctrina.

Jesús-María Silva Sánchez nos ilustra de la siguiente forma: "Para el finalismo, el tipo expresa la *verbotsmaterie*, esto es, agota la caracterización fáctica del hecho. La afirmación de la tipicidad expresa, por su parte la *verbots* o *normwidrigkeit*, es decir, la contradicción del hecho con la norma que, por un lado, supone una calificación valorativa por completo autónoma (y muy importante) y, por otro, se diferencia claramente de la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto (antijuridicidad). De ahí que se sostenga, pese a la intensa connotación valorativa de la afirmación de la tipicidad de un hecho, la doctrina de la tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuricidad. De conformidad con esta perspectiva, ni las causas de justificación ni ningún elemento de esta afecta al hecho, sino a la valoración del mismo (con las consiguientes repercusiones en materia de error)".

3. La teoría de los elementos negativos del tipo

Weber señala que la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad y las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo.[236]

IV. CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

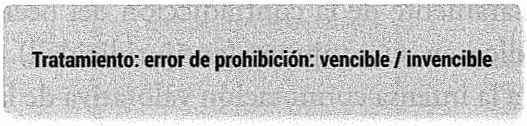
1. Presupuesto de causa de justificación

Para que un hecho típico no se considere prohibido, es necesario, ante todo, que le hubiera precedido una situación de amenaza de bienes jurídicos y que esta fuera la que impulsara la acción lesiva del autor (situación que habilita para la acción justificada = presupuesto).

236 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 465.

2. Error sobre presupuestos de la causa justificación

Puede ocurrir que el autor actúe convencido de que actúa habilitado por la concurrencia de un presupuesto o de un requisito de una causa de justificación, cuando en realidad no existe tal. Este será un supuesto de error en una causa de justificación.



V. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

1. Antijuridicidad formal y material

Algunos autores distinguen entre antijuridicidad formal y material. La **antijuridicidad formal** es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge (por ejemplo, el estado de necesidad o legítima defensa). La antijuridicidad formal es la contrariedad al derecho presentada por un comportamiento consistente en la no observancia de la prohibición o el mandato contenido en la norma.

La contradicción entre el comportamiento —acción u omisión— realizada por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico[237]. En otro sentido, el profesor Luzón Peña señala que "en sentido formal la antijuridicidad es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad al Derecho de la conducta. La acción es antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas. Ha de comprobarse que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no está

237 Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., p. 266.

cubierta por ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica"[238]. El ordenamiento jurídico penal peruano se guía por el principio de antijuridicidad formal.

La **antijuridicidad material** es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales (por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos). En este caso se examina si el hecho típico afectó realmente al bien jurídico (si lo lesionó o puso en peligro). La conducta no solo debe constituir una infracción no permitida de la norma penal, sino que debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico[239]. La antijuridicidad material evoca un concepto metajurídico, por cuanto no basta la contradicción con la ley, sino debe resultar dañoso a las normas morales de conducta o lesivo socialmente a los intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico[240].

Sin embargo, no compartimos esta distinción fuerte, entre antijuridicidad formal y material (como si fuesen esferas ontológicas distintas), pues como se notará, la antijuridicidad material constituye un ámbito gaseoso, difuso e indeterminado por su esencialidad metajurídica. Resulta muy complicado imaginar (sino imposible) como un comportamiento que implique ser antijurídico formalmente no lo sea materialmente. Por ende, nos adscribimos a la tesis que identifica la antijuridicidad formal y material. Esto es, consideramos que todo comportamiento formalmente antijurídico lo es por ser consustancial a él una entidad disvaliosa en sentido material, esto es, conlleva la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

---

238 Luzón Peña, Diego. *Curso de derecho penal. Parte general I,* Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 323.

239 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 570.

240 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 650.

En este sentido, entre antijuridicidad formal y material hay pues una plena correspondencia. Todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito. Desde un baremo general, que admite excepciones, en tanto, la postura político criminal vigente del legislador, de penalizar toda clase de conductas, desprovista de una sustantividad material, nos infiere negar una absoluta correspondencia, desde un punto de vista formal y legal de la construcción típica, cuando se deja de lado en la política criminal el factor de lesividad[241].

En resumen, una conducta es antijurídica cuando se ha defraudado (esta defraudación implica tanto la contrariedad con el derecho como la afectación del bien jurídico, pero no vistos desde ámbitos ontológicos distintos sino consustanciales) una expectativa normativa de conducta esencial mediante una conducta típicamente relevante[242]. Así pues, vista desde los elementos del delito, podemos considerar a la antijuridicidad como condición necesaria para la existencia de un injusto penal (que presupone la tipicidad del comportamiento), *ergo*, sin antijuridicidad no podría existir delito.

Doctrinalmente se discute si la antijuridicidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antijuridicidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo. Estas dos últimas son objetivas.

2. Antijuridicidad genérica y específica

Genérica se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

---

241 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 652.

242 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 571.

En este sentido, entre antijuridicidad formal y material hay pues una plena correspondencia. Todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito. Desde un baremo general, que admite excepciones, en tanto, la postura político criminal vigente del legislador, de penalizar toda clase de conductas, desprovista de una sustantividad material, nos infiere negar una absoluta correspondencia, desde un punto de vista formal y legal de la construcción típica, cuando se deja de lado en la política criminal el factor de lesividad[241].

En resumen, una conducta es antijurídica cuando se ha defraudado (esta defraudación implica tanto la contrariedad con el derecho como la afectación del bien jurídico, pero no vistos desde ámbitos ontológicos distintos sino consustanciales) una expectativa normativa de conducta esencial mediante una conducta típicamente relevante[242]. Así pues, vista desde los elementos del delito, podemos considerar a la antijuridicidad como condición necesaria para la existencia de un injusto penal (que presupone la tipicidad del comportamiento), *ergo*, sin antijuridicidad no podría existir delito.

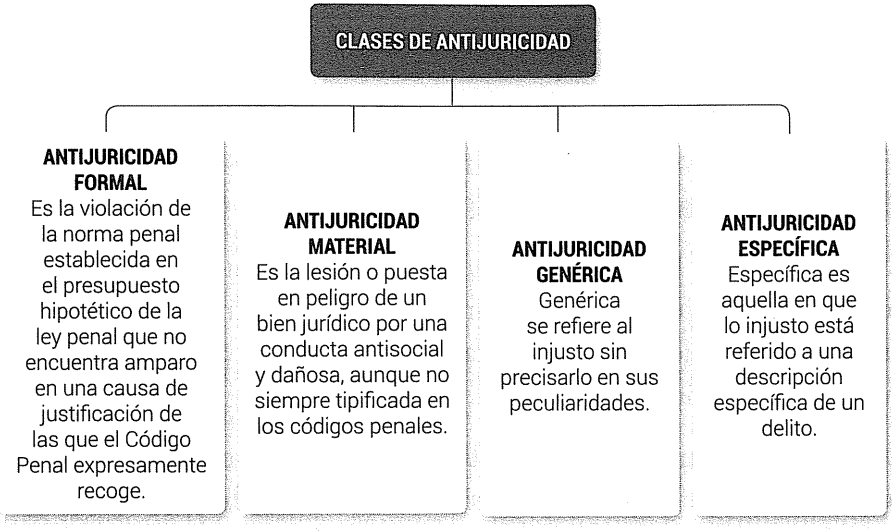
Doctrinalmente se discute si la antijuridicidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antijuridicidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo. Estas dos últimas son objetivas.

2. Antijuridicidad genérica y específica

Genérica se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

241 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 652.

242 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 571.



VI. CARACTERÍSTICAS Y RELACIONES

1. Antijuridicidad y tipicidad

El tipo tiene carácter descriptivo, mientras que la antijuridicidad es valorativa. Para la escuela clásica, el delito es un acto contrario a la ley, en atención al elemento descriptivo de la infracción. Modernamente el delito viola la norma penal, no en sí la ley penal; por eso la conducta debe ser valorada ante la norma. De ahí que delitos iguales en su revestimiento son valorados de distinta manera. Por ejemplo, en dos homicidios, si uno de ellos es en legítima defensa deja de ser antijurídico.[243]

RECUERDA

El TIPO tiene carácter DESCRIPTIVO, mientras que la ANTIJURIDICIDAD es VALORATIVA.

243 Loc. cit.

La valoración es sobre la conducta desarrollada del sujeto (valoración objetiva), se valora el impulso volitivo no el contenido de la voluntad, esta última es valorada subjetivamente dentro la culpabilidad.

2. Límite de la antijuridicidad: la tipicidad

Si decimos que la antijuridicidad es la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, tendríamos con esta afirmación una antijuridicidad genérica. Para delimitar se apela al tipo, con lo que se tiene una antijuridicidad específicamente penal.

Las causas de justificación son llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto. Son situaciones que, admitidas por el propio derecho penal, eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo toman jurídicamente lícito.

Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo.

Estas situaciones que "hacen perder la antijuridicidad" a la acción típica tienen origen en un estado de necesidad como es la legítima defensa, o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, o cumplimiento de la ley o un deber.

RECUERDA

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN SON llamadas también eximentes o causas de exclusión de lo injusto.

3. Relación entre tipicidad y antijuricidad

No todo acto jurídico interesa al derecho penal; sino únicamente el injusto que es típico; de esta manera la antijuridicidad requiere tipicidad penal; así pues, la antijuridicidad que interesa al Derecho

Penal es la que se encuentra prevista en los tipos[244]. De esto podemos colegir que en efecto existe una relación inmanente entre tipo y antijuridicidad.

Así pues, cierto sector de la doctrina (Beling o Welzel) ha considerado al tipo como enunciado simplemente descriptivo, sin que contenga necesariamente la antijuridicidad; siendo que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del acto, pero no la tipicidad; *ergo*, la conducta puede ser típica pero no antijurídica, pues es justificada. En este sentido, y bajo el prisma de esta tesis la tipicidad cumple una ***función de indiciaria de antijuridicidad***[245]. En otras palabras, el que una conducta sea típica es un indicio de que es antijurídica.

Otro sector de la doctrina (Mezger) consideró que la antijuridicidad es una característica necesaria de todo delito, pero no toda acción antijurídica es punible. Para que lo sea es preciso que el derecho penal mismo lo haya descrito previamente en un tipo especial, pero la acción por el hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica; esta última propiedad está ausente en los casos en que exista una causa de exclusión del injusto. En este sentido, quien actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El **tipo jurídico-penal** que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción es fundamento real y de la validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad, aunque, a reserva, siempre que la acción no aparezca justificada en virtud de una

244 Cousiño Mac Iver. Luis, *Derecho penal chileno.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, T. II, p. 89. citado por: Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 119.

245 Baumann, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema.* Depalma, Buenos Aires, 1973; Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 120.

causa especial de exclusión del injusto[246]. En otras palabras, bajo esta postura el tipo es la razón esencial de la antijuridicidad.

Por otro lado, es también interesante, en lo que interesa a la relación entre tipo y antijuridicidad, la **teoría de los elementos negativos del tipo** (que es planteada por Frank y Merkel). Esta refiere que los elementos positivos del tipo junto con la ausencia de las circunstancias de justificación conforman "el injusto total" o sea el tipo de injusto, y que las causales de justificación son verdaderas "caras negativas del tipo". Pues el tipo penal es un tipo total integrado por una fase positiva o sea la descripción de la acción tipificada y por una fase o parte negativa, o sea, por la no concurrencia de presupuestos de causas de justificación, lo cual es claro bajo el entendido de que el legislador al definir el delito ha tenido en cuenta de antemano las situaciones en las cuales la lesión del bien es autorizada[247].

Así las cosas, el fundamento material de los elementos negativos del tipo estriba en el punto de partida conceptual: que el legislador, al aprobar el tipo penal que describe el hecho punible, ha considerado ya sus excepciones jurídicas, por lo que la prohibición típica solo estaría referida a los actos no autorizados, o sea que las causas de justificación operarían como elementos que no deben concurrir para que se produzca adecuación de la conducta al tipo. Las causas de justificación se consideran como elementos negativos del tipo legal, solución que por lógica determina que el error sobre la concurrencia de los supuestos de hecho de una causa de justificación[248] sea tratado como un error de tipo[249].

CASO 1: A mata a B de un disparo en el tórax.

---

246 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, pp. 122-123.

247 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, pp. 123-124.

248 Por ejemplo, una legítima defensa putativa.

249 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 124.

CASO 2: A mata a B de un disparo en el tórax, cuando B está a punto de aplastarle la cabeza con un bate de béisbol.



4. Fundamentos admitidos en la antijuricidad

- *Principio del interés preponderante*: Cuando el interés o bien jurídicamente protegido tiene que ser sacrificado ante otro mayor. En este caso se aplica el principio del interés preponderante, este existe cuando el sujeto activo del delito obra en cumplimiento de su deber o en ejercicio de un derecho.
- *Principio de ausencia de interés*: Se aplica este principio cuando el tutelaje del derecho ha desaparecido. Existe este principio cuando el sujeto pasivo consciente sufrir consecuencias.

EJEMPLO

En los delitos de acción privada como el delito de injuria, el delito de difamación, etc., el sujeto pasivo tiene la facultad de iniciar o no la acción penal.

VII. LA FAZ NEGATIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Ahora bien, analizada ya las implicancias de la antijuridicidad, se debe analizar las que son consideradas como la faz negativa de la antijuridicidad, esto es, las causas de justificación; para ello, debemos exponer el fundamento que de ellas subyace. Esto es, en este punto se debe dilucidar el por qué una conducta típica no puede ser injusta. En este sentido, para fundamentar el efecto exoneratorio de responsabilidad de las causas de justificación, un sector de la doctrina penal parte de la idea de la unidad[250] del ordenamiento jurídico y las concibe, por tanto, como normas permisivas provenientes del derecho civil o del derecho público. A esta fundamentación formal se le ha criticado invertir la tarea del Derecho penal, en tanto este no se dedicaría a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar ataques en bienes jurídicos ajenos[251].

Por esta razón, la doctrina dominante intenta plantear las causas de justificación como un problema fundamentalmente teleológico. Si la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos (o la vigencia de la norma), las causas de justificación deberán configurarse como supuestos concretos en los que se renuncia a la protección penal[252].

Por otro lado, otros han intentado construir el fundamento de las causas de justificación en el *principio del interés preponderante*, o sea, que cuando el Estado se encuentra abocado a sufrir dos males, de los cuales uno se produce necesariamente, debe *evitarse el daño mayor y escogerse el menor.* En caso de contradicción entre un bien tutelado y un bien o interés prevalente se justifica la lesión del primero y sal-

250 Denominada tesis unitaria o monistas.

251 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 572.

252 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 572.

vaguardar el segundo, dado que su preponderancia, salvaguarda y garantía constituye bajo ciertos presupuestos uno de los principios y fines esenciales del Estado democrático de derecho[253].

Es sumamente interesante la reflexión que realiza Roxin sobre la antijuridicidad y las causas de justificación. Para este autor la antijuridicidad es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Por tanto, la función político-criminal de las causas de justificación se califica como la *solución social de conflictos*[254].

En otro sentido, se han esgrimido *tesis pluralistas*, esto es, aquellas que además del criterio de la ponderación (o interés preponderante) se consideren otros aspectos tales como la ausencia de interés, la preservación del orden jurídico, el principio de proporcionalidad, el principio de autonomía o de responsabilidad.

Así pues, las causas de justificación deben ser interpretadas como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto. Como puede verse, se trata de una parte del proceso de imputación penal, en la que se determina quién es el competente por el hecho concreto y en qué medida lo es. La única finalidad de la diferenciación expositiva entre tipicidad y antijuridicidad es mostrar los diversos pasos lógicos en un proceso de imputación penal o las posibilidades de su negación.

En este sentido, en las causas de justificación se discute, al igual que en la tipicidad objetiva y subjetiva, quien resulta competente por el hecho acaecido. Lo particular de las causas de justificación es que

253 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 238.

254 Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal.* Bosch, Barcelona, 1972, p. 40.

el descargo de la imputación tendría lugar por la existencia de una situación *especial* de conflicto[255].

Así pues, para precisar quién resulta competente en ciertas situaciones de conflicto y en qué medida lo es, debemos recurrir a criterios normativos que respondan al sentido de la categoría de la antijuridicidad penal. De manera absolutamente general, puede decirse que la razón de ser de la antijuridicidad penal en la teoría del delito es determinar si las reglas generales de atribución del hecho delictivo se mantienen en caso entren en juego otros intereses que resultan también jurídicamente relevantes. Como base de este análisis debe tenerse en cuenta que los intervinientes en el suceso conflictivo son personas, de manera que en ningún caso cabe una solución arbitraria que niegue a alguien su personalidad, ni tan siquiera cuando recaiga sobre este el más alto grado alto de competencia por el suceso lesivo. Por consiguiente, de entre los medios idóneos de los que se dispone en una situación especial de conflicto siempre se tiene que escoger al menos lesivo, o la utilización menos lesiva, para las personas que resulten finalmente afectadas[256].

1. Presupuesto normativo de las causas de justificación

El presupuesto normativo de las causas de justificación descansa o se concreta en la existencia de una norma o disposición jurídica, o una norma de cultura, que previamente haya *legitimado la acción,* esto es, que le atribuya al acto un valor tal que la declare permitida, lícita, justificada, la autorice o al menos la valore como socialmente aceptada. Las causas de justificación pueden derivarse de una norma jurídica escrita o del derecho consuetudinario, o aun de normas de cultura reconocidas en el ámbito social. En este sentido, las causas de

255 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 573.

256 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 573.

justificación comportan disposiciones jurídicas, aunque no necesariamente del derecho escrito[257].

Cuando se alude al presupuesto normativo se hace alusión a fuentes de justificación, que pueden derivarse de distintas fuentes.

EJEMPLO

- Tratados internacionales sobre derechos humanos o del derecho internacional humanitario o inclusive en normas del *ius cogens*.
- En la Constitución, en leyes generales o especiales o en la ley penal, y aun en los usos, normas culturales, costumbres jurídicas propias de la comunidad.

En este sentido, debe decirse que la ley penal sólo cumple un papel organizativo de las principales causas de justificación. Por tanto, sus disposiciones sobre esta materia deberán entenderse como enunciativas, siendo algunas de ellas generales y contentivas de aspectos desarrollados en leyes generales o especiales[258].

Así las cosas, las causas de justificación no se agotan en las enunciadas en el artículo 20 del Código Penal, pues las causas de justificación pueden encontrarse en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

EJEMPLO

- El artículo 920 del Código Civil permite al poseedor que recupere sus bienes de manera directa, por su cuenta, cuando ha sido despojado sin que medie orden de autoridad competente; por ende, la persona que incurra en la causal referida no cometería delito de Usurpación[259]pues estaríamos ante un supuesto justificado; asimismo, el que reproduce una obra con fines de educación propia no

257 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 245.

258 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 245.

259 Artículo 202 del Código Penal.

estaría incurso en un delito contra la propiedad intelectual, pues si bien su comportamiento sería típico estaría justificado pues el uso con fines educativos es una causal de excepción contemplada en una ley especial.

2. Aspecto objetivo de las causas de justificación

Nosotros compartimos, al igual que parte de la doctrina, que en las causas de justificación se puede distinguir tanto un aspecto objetivo como aspecto subjetivo. En este sentido, el aspecto objetivo (también llamado fáctico) es aquel que consiste en la presencia de la situación real u objetiva (la agresión, el peligro, la orden superior) que da soporte real a la justificación, y que origina una colisión de intereses. Cada motivo de justificación se edifica a partir de una situación real y cierta que origina la actuación que afecta bienes jurídicos de otros, y que se declara legítima o justificada. Sin la concurrencia del aspecto objetivo no puede existir justificación, y, por tanto, la acción realizada por el autor será antijurídica[260]. Cada causa de justificación tiene un aspecto objetivo distinto. A saber, en la legítima defensa: la existencia de una agresión; en el estado de necesidad justificante: la existencia de un peligro grave; en la obediencia jerárquica o debida: la orden del superior.

En resumen, se podría definir como aspecto objetivo de la causa de justificación a aquella situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto de actuación.

3. Aspecto subjetivo de las causas de justificación

El aspecto subjetivo de las causas de justificación es un tema controvertido, pues parte de la doctrina considera que lo único que debe

260 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, pp. 247-248.

tenerse presente es el aspecto objetivo ya referido. Por otro lado, otros exigen que el autor actúe con la finalidad de justificación. Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, nosotros nos adscribimos a una teoría intermedia entre la que distinguimos entre un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo en las causas de justificación, aspectos que a continuación vamos a precisar.

En este sentido, el aspecto subjetivo de las causas de justificación no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor, pues, el estado psíquico del autor es absolutamente irrelevante para la imputación penal. Por otra parte, tampoco la sola existencia objetiva de las condiciones de la causa de justificación resulta suficiente para suprimir la imputación penal, ya que la defraudación de las expectativas normativas de conducta no se fundamenta en la simple lesión de algo valioso, sino en la expresión de sentido del ciudadano frente a la norma[261]. Por estas razones, consideramos que el aspecto subjetivo en las causas de justificación debe configurarse sobre el conocimiento de la situación de justificación.

El conocimiento o representación del aspecto objetivo de las causas de justificación es similar a lo que ocurre en la percepción de los elementos propios del tipo, sin que el autor se haya representado la antijuridicidad o juridicidad de su actuar. Por lo anterior, no se requiere la conciencia de obrar justificadamente; es más, el autor puede desconocer que el Derecho justifica esa acción, y si por error actúa ignorando que la ley lo justifica, con todo, su acción será lícita. Lo antes dicho demuestra que basta la voluntad de alcanzar el resultado y el conocimiento del presupuesto fáctico de justificación[262].

En este sentido, refiere Gimbernat que es suficiente que el autor conozca la situación objetiva de justificación, es decir, que el autor debe

261 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 573.

262 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 260.

conocer que concurre una efectiva situación de legítima defensa o una colisión de bienes jurídicos en la que es necesario sacrificar uno para salvar otro, pero no es preciso además que se actúe con una específica y exclusiva finalidad de defensa o de salvamento, tal como ocurre en las cirugías de cambio de sexo, aborto necesario, en que para justificar la acción del médico es suficiente el conocimiento de la situación, sin que importe que el profesional obre para cobrar honorarios[263].

4. El efecto de las causas de justificación

La determinación de una causa de justificación en el caso concreto tiene el efecto principal de levantar la imputación penal establecida a nivel de tipicidad[264]. Es decir, esto supone una exclusión de la antijuridicidad de la conducta, esto es, que la acción deviene en ilícita o conforme a derecho, lo que impide que la acción realizada pueda ser calificada como delito[265].

Además de esta primera consecuencia señalada, que es la principal y más importante podemos colegir otras. La primera es que (i) contra la acción justificada no procede causa de justificación, (ii) las causas de justificación tienen efectos generales, (iii) la justificación por lo general excluye la responsabilidad civil.

Sobre el primer punto **(i)**, en efecto, contra una agresión justificada, no cabrá defenderse de ella legítimamente, pues no se trata de una

263 Gimbernat, Enrique. "Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en Eser, Albin; Enrique Gimbernat y Walter Perron (editores), *Justificación y exculpación en derecho penal.* Universidad Complutense de Madrid / Centro de Estudios Judiciales / Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 64.

264 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 580.

265 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 318.

conducta prohibida que permita cumplir con el requisito de agresión ilegítima. Sobre el afectado por una causa de justificación recaerá un deber de tolerancia, lo que le impedirá responder legítimamente frente a la restricción de derechos que supone la actuación justificada[266].

Por otro lado, sobre el segundo punto **(ii)** la causa de justificación opera frente a todos los "partícipes" e intervinientes del hecho, sean estos instigadores o cómplices; en consecuencia, tiene efectos generales. Por lo antes dicho, no es posible la complicidad ni la instigación punibles en acto justificada, pues la participación es sobre un hecho típicamente antijurídico; quien presta colaboración en un acto justificado ha obrado también en forma legítima. Sin embargo, es posible la autoría mediata punible para quien instrumentaliza a otro a fin de que obre en aparente justificación[267].

El tercer punto **(iii)** es el más discutido e interesante, pues cierto sector de la doctrina considera que las causas de justificación excluyen la responsabilidad penal y civil[268]. Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que la antijuridicidad excluida por las causas de justificación es exclusivamente penal y no tiene efectos justificantes para el resto del ordenamiento jurídico, por ende, cabría responsabilidad civil. En este sentido, consideramos que la causa de justificación le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que le implica dicha tolerancia.

Así, pues, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar la integridad física de otro. Esta situación no tendría que impedir que luego de superada la situación de conflicto el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos

---

266 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 581-582.

267 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, pp. 320-321.

268 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 321.

del daño generado del afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta justificada no trae siempre como consecuencia la falta de un reparo. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento.

VIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

Una vez analizado el fundamento, los aspectos y las consecuencias de las causas de justificación, debemos analizar las causas de justificación en particular, estas son: a) la legítima defensa, b) el estado de necesidad justificante y c) la obediencia jerárquica[269]. Así, cada causa de justificación tiene características propias que a continuación se precisarán:

1. La legítima defensa

a. Concepto

La legítima defensa es la acción necesaria para impedir o apartar de sí o de otro el peligro proveniente de una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. La defensa es una reacción puesto que se constituye en un contraataque encaminado a conjurar la agresión, a

269 Las mismas que se encuentran reguladas en el artículo 20 del Código Penal, en específico, en los incisos 3, 5 y 9. Como ya se ha señalado de manera precedente, el inciso 8 (base de la imputación objetiva) si bien de manera clásica se les consideró como causas de justificación, nosotros los consideramos como causas de atipicidad, pues su existencia excluye la imputación objetiva de la conducta y, por ende, anulan el tipo.

impedirla o hacer cesar sus efectos inmediatos[270]. En la medida que la defensa se lleva a cabo para contrarrestar una agresión responsablemente organizada por el agresor, la competencia por las afectaciones que producirá el acto de defensa deberá recaer sobre el agresor (Jakobs)[271].

Así, según refiere Roxin la legítima defensa se sustenta en dos principios: la **protección individual** y la **prevalencia del derecho**. En lo tocante a la protección individual, la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual[272]. La legítima defensa es para el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo. De ello se pueden derivar ya diversas consecuencias que son importantes para la interpretación del derecho de legítima defensa. Así no son susceptibles de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad (o difusos), pues la comunidad no es "otro"[273]. De lo contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado. Por ello, por regla general el ciudadano no puede hacer frente con legítima defensa a una perturbación del orden público... en la medida que no sean simultáneamente lesionados sus derechos[274].

---

270 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 330.

271 Citado por García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 583.

272 En sentido contrario, el profesor Percy García Cavero señala que "no existe razón de fondo para excluir bienes jurídicos supraindividuales o estatales. En el caso de bienes jurídicos difusos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas difusamente por la agresión pueda oponer una defensa legítima que impida la prosecución del delito (García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 587).

273 En el sentido referido en la ley.

274 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general.* trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 608.

Por otro lado, en lo referente a la prevalencia del derecho, Roxin señala que el Estado no tiene que ceder ante ataques antijurídicos y, por ende, toda agresión repelida en legítima defensa estabiliza el ordenamiento jurídico, esto es, le otorga una intención preventivo-general.

La legítima defensa supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye, a su vez, una *acción dúplex,* en la medida que puede verse como una afectación del agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes. Si bien el acto de defensa constituye una agresión a una persona, el defensor no está obligado a reconocer al agresor como ciudadano (sí como persona), pues la agresión ilegítima de este último implicó una negación de las relaciones de mutuo reconocimiento de la personalidad entre ambos[275].

Para quien actúa de esa manera, los códigos penales declaran la inexistencia de penalidad por estar exento de responsabilidad. En Roma era lícito responder a la violencia con violencia. Modernamente se admiten más bienes jurídicos que pueden estar protegidos por la legítima defensa.

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado el contenido y alcance conceptual de la legítima defensa:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[La] legítima defensa como causa de justificación se funda, desde un plano individual, en la defensa que realiza la persona en respuesta racional frente a una agresión injusta, y desde el plano supraindividual, en la necesidad de defensa del orden jurídico y del Derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica; que, sin embargo, la importancia y trascendencia

275 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 583-584.

> que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niegan al Estado (por ejemplo, matar a otra persona en defensa propia), imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos y situaciones realmente excepcionales, en los que solo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados y, en la medida en que no sea posible, operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores del bien puesto en peligro (...).
>
> **(R. N. N.º 1878-2007-Ancash, de 06-05-2008. Sala Penal Permanente).**

b. Fundamentos

Es sustitutivo de la defensa pública. Para los clásicos, el fundamento se encuentra en la imposibilidad del Estado para defender el derecho agredido en ese momento. La defensa privada suplanta a la defensa pública del Estado.

Tiene que carecer de propósitos antisociales. Para los positivistas, el fundamento está en la ausencia de propósitos antisociales por parte del que se defiende.

Modernamente se fundamenta en tres razones:

a) El instinto de conservación;
b) El agredido preserva la vigencia del derecho en momentos en que el Estado no puede hacerlo; y
c) El agredido tiene intereses y derechos legítimos que defender y proteger.

c. Requisitos

Como se ha referido de manera precedente, la legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20, inciso 3 del Código Penal, el mismo que a la letra refiere:

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa;
c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

(...)

Asimismo, en otro momento, la Corte Suprema ha desarrollado los requisitos de la legítima defensa:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

No existe ninguna posibilidad de imputación del resultado a quien hizo la defensa de su patrimonio y de su propia vida, porque no creó la situación de conflicto, constituyendo el supuesto de hecho una situación de legítima defensa prevista en el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal, toda vez que concurren sus elementos configurativos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; por consiguiente la conducta del acusado debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en que desarrolló la agresión y la respuesta frente a ella, desapareciendo así la antijuricidad de la conducta.

(R. N. N.º 4986-97-Lima, de 27-04-1998. Sala Penal).

Ahora bien, en vista de la citada regulación legal debemos analizar uno a uno los requisitos para que se configure la legítima defensa.



c.1. Agresión ilegítima

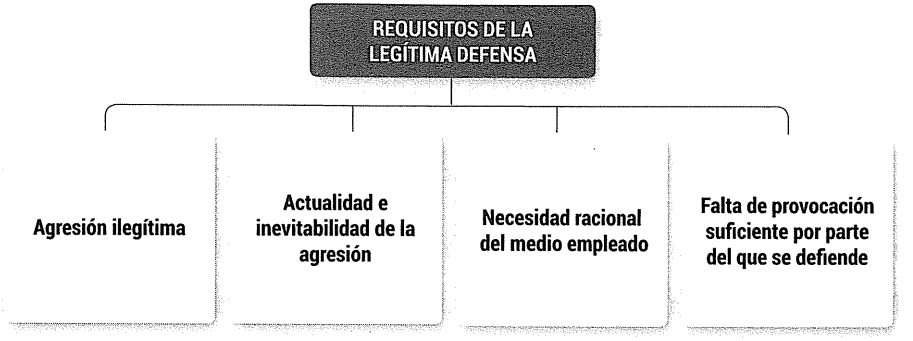
Agresión es toda conducta humana que amenaza en forma inmediata un bien jurídico. El ataque implica la creación de una situación de peligro inminente para el bien agredido, pudiendo ser una agresión violenta, con armas o sin armas, verbal, por acción o por omisión (siempre que el omitente tenga la obligación de actuar), instantánea o permanente, con tal que provenga del comportamiento de una persona.

La agresión ilegítima supone:

- Agresión: es decir, conducta ofensiva que lesione o ponga en peligro un interés del ofendido.
- Reacción: que sea una reacción ante una agresión, no una acción.
- Agresión positiva o negativa: la agresión debe ser positiva (golpes) o negativa (instalarse en casa ajena).[276]

La agresión no necesariamente requiere ser violenta o con armas.

276 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.



c.1. Agresión ilegítima

Agresión es toda conducta humana que amenaza en forma inmediata un bien jurídico. El ataque implica la creación de una situación de peligro inminente para el bien agredido, pudiendo ser una agresión violenta, con armas o sin armas, verbal, por acción o por omisión (siempre que el omitente tenga la obligación de actuar), instantánea o permanente, con tal que provenga del comportamiento de una persona.

La agresión ilegítima supone:

- Agresión: es decir, conducta ofensiva que lesione o ponga en peligro un interés del ofendido.
- Reacción: que sea una reacción ante una agresión, no una acción.
- Agresión positiva o negativa: la agresión debe ser positiva (golpes) o negativa (instalarse en casa ajena).[276]

La agresión no necesariamente requiere ser violenta o con armas.

276 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

EJEMPLO

- Agrede al patrimonio el carterista cauteloso que por medios sutiles trata de apoderarse de una cartera.
- Quien con palabras o escritos procura deshonrar.
- Ataca el domicilio quien con llaves falsas intenta penetrar o haya penetrado a mi residencia, o acomete violentamente contra ella.

No podrá calificar de agresión, por lo tanto, el ataque de animales —a no ser que un animal sea azuzado por el dueño, en cuyo caso la agresión será la conducta del dueño— o los sucesos naturales que no constituyan propiamente una acción humana[277].

Si bien el tenor de la ley no menciona la entidad de la agresión, existe unanimidad en la doctrina penal al requerir que ésta sea real y actual. En cuanto a la realidad, se dice que la agresión debe tener existencia en el mundo objetivo, de lo contrario lo que habrá es un error que, dadas ciertas condiciones, podrá levantar igualmente la imputación penal[278].

Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas (contra una opinión muy extendida en Derecho civil), porque las mismas no pueden actuar en sentido del Derecho penal y no son asequibles a la eficacia preventivo-general y de la prevalencia del Derecho. Por tanto, no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero, en cambio, por supuesto que sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (por ejemplo: funcionarios o policías), cuando actúen antiguamente[279].

277 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 584.

278 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 584.

279 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 611.

Como se ha referido anteriormente y de la lectura del artículo 20, inciso 3 del CP, la agresión ilegítima en los términos señalados puede recaer en el directamente afectado o un tercero (auxilio necesario), sin necesidad, naturalmente, que respecto de ese tercero se tenga posición de garante.

La agresión ilegítima debe ser contraria al derecho, además de injusta. Sin embargo, no es admisible contra actos legítimos.

EJEMPLO

El delincuente que, en flagrancia, responde una agresión, no puede alegar legítima defensa porque la ley permite su captura por quien lo haya visto.

La agresión ilegítima debe ser también actual e inevitable. La actualidad se refiere a que la agresión ha comenzado a producirse. No puede reaccionar tarde. La inevitabilidad se refiere a que no hay otro recurso para evitar la agresión.

EJEMPLO

No existe legítima defensa cuando el agresor está forzando la puerta y el dueño de casa no avisa a la policía, pudiendo hacerlo, porque hay al menos un tiempo prudente para hacerlo.

c.2. Necesidad racional del medio empleado

El acto de defensa del que se defiende debe ajustarse al criterio de la necesidad racional de la defensa. En efecto, tal como lo dispone el artículo 20, inciso 3, literal b) del CP, constituye un requisito de la legítima defensa la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Está claro que el término "medio

empleado" no debe entenderse únicamente en el sentido de un instrumento, sino como la reacción necesaria de defensa, la cual puede hacerse con algún instrumento o directamente por el autor. Por esta razón la doctrina penal no habla de medio necesario, sino de defensa necesaria o necesidad de la defensa[280].

En este sentido, el defensor sólo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta *la pérdida mínima para el agresor.* La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a la igualdad de agresión por los demás. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados sino la defensa de bienes materiales. Cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor. Puede que una defensa desproporcionada no sea precisamente deseable, pero no por ello es equiparable ya a una intervención arbitraria[281].

Este requisito fue entendido antes por algunos jueces como "proporcionalidad matemática", es decir, se entendía que para responder a una agresión con un arma blanca debía repelerse también con un arma blanca. Si se utiliza un fierro también debía repelerse con un fierro; naturalmente el criterio de la proporcionalidad no es por sí mismo equivocado, sino que lo manifiestamente equivocado fue la interpretación de los jueces. Naturalmente, resulta absurdo y desproporcionado exigir una proporción aritmética de medios[282].

---

280 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 589.

281 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 472.

282 Esa fue la razón de la modificación del Código Penal, y de que tenga la redacción como actualmente la tiene, en la que expresamente se refiere: "(...) Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido sobre la necesidad racional del medio empleado:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[La] necesidad racional del medio empleado no puede exigir una proporcionalidad material entre ataque y defensa, por el contrario, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias, ya que la utilización de un arma de fuego no puede considerarse excesiva si los agresores siendo varios trataban de quitarle el arma de fuego y estaban premunidos de armas punzo cortantes.

(Exp. N.º 1336-91-Lima de 10-02-1992. Sala Penal)

La determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla el agredido, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.

EJEMPLO

Si puede llamar a la autoridad, debe hacerlo; si puede huir, debe hacerlo (aunque este último acto sería muy difícil para un cojo).

La proporcionalidad racional entre agresor y agredido debe ser apreciado para el hecho concreto.

EJEMPLO

Si alguien es atacado con golpes, no puede reaccionar con un revólver; pero si el agresor es un boxeador, sí puede hacerlo.

---

de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa".

c.3. Falta de provocación suficiente

El que es agredido no debe haber provocado la agresión. Si es así, es "pretexto de legítima defensa".

Este requisito se encuentra contemplado en el artículo 20, inciso 3, literal c) del CP. Este supuesto hace referencia que cuando el agente provocador —esto es, aquel que crea la situación de conflicto— realiza actos de defensa sobre el sujeto agresor, dicha conducta se convierte en ilícita, pues se ha apartado de la protección del ordenamiento jurídico, por lo tanto, ya no es admisible como tal la legítima defensa[283]. En este sentido, debemos delimitar qué se entiende por "provocación", en el sentido que refiere el código. Así pues, esta no puede entenderse como una "agresión ilegítima" necesariamente[284] sino como una situación injusta que hace razonable una reacción del provocado[285].

Así las cosas, queda por dilucidar qué se debe entender por "suficiente", esto es, qué criterios debemos tener en cuenta para determinar la suficiencia de la provocación. La suficiencia de una provocación se puede entender por vía negativa, esto es, determinando qué no podría considerarse una provocación suficiente. Por ejemplo, meras burlas o insultos verbales no podrían considerarse una provocación que autorice la acción defensiva.

A modo de conclusión, aquel que provocó la situación de conflicto no tiene derecho de ejercer agresión alguna respecto del provocado. En este sentido, el provocador debe limitarse a una defensa pasiva, siempre y cuando el provocado no incurra en exceso en su defensa[286],

283 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 682.

284 Si así fuera el Código hubiese utilizado esos términos.

285 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 588.

286 El exceso en la legítima defensa se refiere a aquel supuesto en el cual alguien quien en principio ejerció legítimamente la defensa; sin embargo, luego de haber repelido la agresión continúa con la agresión a modo de "escarmiento" o "venganza".

pues ante la existencia del exceso[287] (y solo respecto del exceso) sí podría ejercerse la defensa.

d. Exceso en la legítima defensa

Consiste en que los daños causados en legítima defensa son mayores en el agresor. Esto se debe apreciar en cada caso concreto, guiado por los requisitos. Si hay exceso es delito culposo. La pena sería leve, incluso se llegaría a impunibilidad.

e. Legítima defensa propia y la de terceros

Por regla la legítima defensa solo se utiliza para defender y proteger bienes propios. Por excepción, bienes y derechos de tercero. Esto para conservar el ordenamiento jurídico positivo.

f. Legítima defensa incompleta o imperfecta

Cuando concurren todos los supuestos de la legítima defensa nos encontramos ante una situación de legítima defensa completa o perfecta[288]. A *contrario sensu*, cuando no concurran alguno de los requisitos nos encontraríamos ante un supuesto de legítima defensa incompleta o imperfecta. Ante esta situación es de aplicación el artículo 21 del CP y la consecuencia jurídica es que el juez podría reducir la pena inclusive a parámetros inferiores al mínimo legal. Por supuesto, es menester precisar que para invocar una legítima defensa imperfecta se requiere una base mínima de situación de necesidad. A saber, es necesario que exista una agresión, o una apariencia de agresión imputable al agresor, y que se presente una necesidad, cuando menos

287 Pues el exceso en la legítima defensa sí supone una agresión ilegítima.

288 Que conlleva como ya se mencionó la exclusión de la antijuridicidad y en consecuencia la irrelevancia penal de la conducta.

abstracta, de defensa, pues, de no ser así, no será posible aplicar la eximente incompleta[289].

También ha sido materia de pronunciamiento en nuestros tribunales los supuestos de legítima defensa incompleta o imperfecta:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Existe homicidio simple en circunstancias de una legítima defensa imperfecta y no una situación de emoción violenta, como equivocadamente lo ha considerado la Sala Penal Superior, por cuanto el sujeto activo al disparar al sujeto pasivo estando este último desarmado se ha excedido en el requisito de necesidad racional de la defensa, resultando de aplicación al caso de autos lo establecido en el artículo 21 del Código Penal.

(R. N. N.° 1276-97-Cusco, de 08-01-1998. Sala Penal).

g. Legítima defensa putativa

La *defensa putativa* significa atribuir a algo una cualidad que no tiene, es decir, ser tenido por algo que no se es. La palabra putativo proviene del verbo "putare", que significa pensar, creer, juzgar acerca de algo. En una palabra, es atribuir a algo una cualidad que no tiene, por tanto, la defensa putativa es tener por existente la agresión, cuando en realidad no se enfrenta un embate actual e injusto[290]. En otras palabras, es aquella que se aprecia cuando una persona cree, con cierto fundamento, que va a ser objeto de una agresión, por lo tanto, despliega una defensa violenta contra el presunto atacante, que finalmente no lo es[291].

El tema de discusión radica en determinar cuál es la consecuencia jurídica que se le puede otorgar a la legítima defensa putativa. Sobre

289 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 592.

290 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. IV, p. 609.

291 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 686.

este punto no existe consenso en la doctrina; por un lado, algunos la consideran como un error de prohibición, otros como una simple atenuante[292], mientras que otros consideran que es un error de tipo. Nosotros consideramos que la consecuencia jurídica adecuada es la del error de tipo, pues como ya se mencionó el error de tipo excluye el dolo. En el caso de la legítima defensa putativa el agresor claramente actúa sin dolo por la falsa representación que tiene de la agresión ilegítima. Así pues, dependerá de las particularidades del caso concreto para determinar si nos encontramos ante un error de tipo vencible o invencible.

h. Legítima defensa y estado de necesidad

h.1. Semejanzas

- Ambas están informadas por el interés preponderante.
- Ambas son causas de justificación (estado de necesidad-defensa legítima, ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber).
- Ambas obedecen al ejercicio de un derecho.
- La legítima defensa es un estado de necesidad. Esta es género; aquella, especie.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Legítima defensa. Cumplimiento del deber: causas de justificación, exclusión de antijuridicidad. De los hechos acontecidos se aprecia que la conducta del encausado se encuentra amparada en las causas de justificación de la legítima defensa y del actuar en cumplimiento del deber, toda vez que las referidas causales al tiempo de resaltar la función protectora de los bienes jurídicos que cumple el derecho penal, afirman y hacen

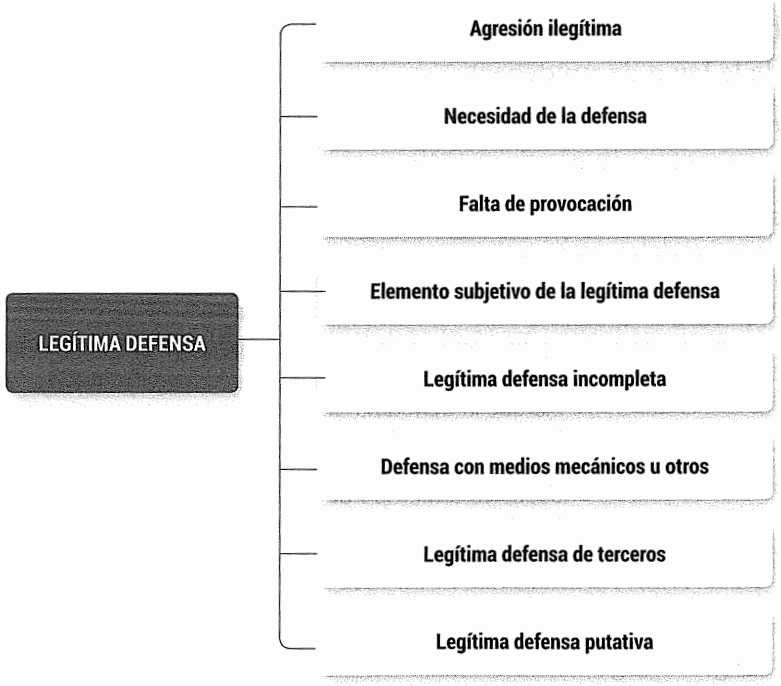
292 Pues consideran que es una legítima defensa imperfecta al no existir el elemento de la "agresión ilegítima".

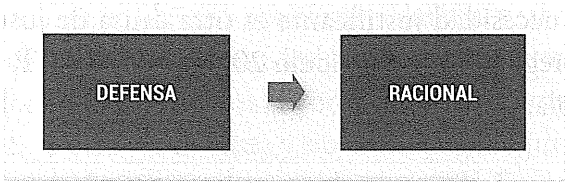
prevalecer el derecho frente al injusto, excluyendo de plano la antijuridicidad del comportamiento.

(R. N. N.º 2683-97).

h.2. Diferencias

- La legítima defensa es una reacción, mientras que el estado de necesidad es una acción.
- En la legítima defensa no hay necesidad de indemnización en el estado de necesidad puede haber tal.
- En la legítima defensa hay choque de un interés ilegítimo (por ejemplo, matar) y un interés legítimo (por ejemplo, vida). En el estado de necesidad hay choque de intereses legítimos (vida y propiedad, por ejemplo, en el hurto famélico, o sea, robar algo de comer para no morir de hambre, siempre y cuando ya no pueda trabajar).





Falta de provocación	**El sujeto que se defiende no debe haber provocado la agresión. "Provocar" significa inducir o motivar la agresión.**
Elemento subjetivo de la legítima defensa	**La acción de la defensa debe ser consecuencia de una voluntad de defensa.**
Legítima defensa incompleta	**Es aplicable cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad.**
Legítima defensa putativa	**El sujeto cree erróneamente que se encuentra en una situación justificante.**
Legítima defensa de terceros	**Importa en estos casos la voluntad de defensa de quien auxilia y del agredido.**
Norma legal	**En el Código Penal peruano, la legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20.**

2. Estado de necesidad

a. Concepto

Estado de necesidad es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona. Por ejemplo, la legítima defensa, miedo insuperable, etc. Algunos códigos penales, como el suizo, señalan que el estado de necesidad es una causa de inculpabilidad.

El estado de necesidad justificante es otra causa de justificación que se encuentra regulada en el artículo 20, inciso 4 del CP, el mismo que a la letra señala:

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

(...)

Del análisis de esta disposición podemos colegir algunos requisitos que resultan necesarios. En principio, debe existir una situación de peligro "actual e insuperable de otro modo" que amenace algún bien jurídico propio o de un tercero. Un segundo requisito es la ponderación de dichos bienes jurídicos en conflicto, es decir, aquel que realiza el hecho típico puede lesionar un bien jurídico ajeno sí y solo sí lo hace con la finalidad de salvaguardar un bien jurídico (propio o de un tercero) de mayor valor. Finalmente, un tercer requisito es que se emplee "un medio adecuado", esto es, el que resulte el menos lesivo para el bien jurídico afectado.

Así pues, el estado de necesidad justificante se presenta cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un

derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance o haya sido provocado por él[293]. En otras palabras, el estado de necesidad justificante surge cuando un bien jurídico de mayor jerarquía es amenazado de ser lesionado —de forma inminente y actual— por lo que no cabe otro remedio que realizar una acción lesiva sobre el bien de menor rango valorativo, a fin de conjurar el peligro, conducta que puede realizarse a fin de salvar un bien propio o de un tercero[294].

En este sentido, en el estado de necesidad justificante se produce una colisión entre dos bienes jurídicos, en la cual se da preferencia al más importante, desencadenando un estado de lesión al bien de menor jerarquía[295].

Finalmente, es importante señalar que la conducta de salvamento en el estado de necesidad puede realizarse sólo como último recurso. La acción de salvamento es absolutamente subsidiaria respecto de cualquier otro remedio posible, si no fuera así estaríamos ante una eximente imperfecta.

En lo tocante al **estado de necesidad justificante**, nuestra Corte Suprema también la ha utilizado como criterio de exclusión de antijuridicidad, por ejemplo, en el caso de una persona que se le imputó la pertenencia a una organización terrorista, se dijo lo siguiente:

---

293 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 693.

294 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 693.

295 Es importante precisar que el estado de necesidad justificante se sustenta en un criterio utilitarista de costo- beneficio, es decir, que el mal causado es menor al mal evitado.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que se imputa a la procesada (...) haber pertenecido al grupo subversivo "Sendero Luminoso" y, como tal, incursionado en varios pueblos del departamento de Ayacucho; que, sin embargo, de sus propias declaraciones, uniformes, reiteradas y convincentes, se aprecia **que fue coaccionado bajo amenazas de su integridad física** a prestar **colaboración a elementos subversivos,** a cuyo efecto colaboró en la preparación de alimentos; que, en consecuencia, no existiendo prueba alguna que desvirtúe lo declarado por esta, ni prueba que demuestre que haya participado en acciones subversivas, su conducta constituye en una causal de **eximente comprendida en el inciso 4 del artículo 20 del Código Penal**, que señala "Está exento de responsabilidad penal: el que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace su vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro"´ (...) (negrita añadida).

(R. N. N.º 2538-2003-Ayacucho, de 19-07-2004. Sala Penal Permanente).

b. Elementos

- **Elemento subjetivo.** La conciencia de infringir un deber o causar otro mal para salvar otro mayor. Ejemplo, robar un pan para no morir de hambre.
- **Elemento objetivo.** Que es causar un mal sin tener la obligación de afrontar un peligro. Hurtar tratando siempre que el dueño no se dé cuenta.
- ***Ratio essendi.*** La razón de esta causa de justificación es que constituye un estado no provocado por uno mismo.
- **Colisión.** Establece una colisión de valores humanos superiores.

c. Fundamentos, conflicto de intereses y falta de peligrosidad

Objetivamente la teoría de la colisión de intereses dice que el fundamento del estado de necesidad está en el conflicto de intereses o bienes

de diferente valor. En este caso, es aceptable y no es antijurídico el sacrificar el de menor valor.

Además, el estado de necesidad deja de ser antijurídico porque el autor no tiene la intención de cometer el delito, sino que lo realiza para salvar otro bien o interés de mayor valor. No hay peligrosidad por parte del autor.

¿Qué sucede si los dos bienes en conflicto tienen el mismo valor? En caso de que sean iguales los valores, la mayoría de autores dice que esto se debe resolver en base a la casualidad.

EJEMPLO

En un incendio en una sala de cine, todos atropellan para ganar las puertas.

Requisitos:

- Que el acto sea actual e inevitable.
- Que no provenga voluntariamente del sujeto activo.
- El sujeto activo no debe tener obligaciones profesionales de afrontar el peligro. Por ejemplo, un bombero sí debe sacrificarse para salvar otras vidas.

d. Características

En el estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, la situación generadora del estado de necesidad no proviene necesariamente de un tercero, sino que puede surgir por el propio devenir de la vida, catástrofe natural, etc. Puede ser tanto propia o de terceros (auxilio necesario).

a) Presupuesto. Situación en la que el sujeto se encuentra ante una auténtica encrucijada: o bien debe sufrir él o un tercero una

lesión en sus bienes jurídicos, o bien se plantea un conflicto entre el deber genérico de no cometer el delito o algún deber específico que el ordenamiento le imponga a la esencia del estado de necesidad.

b) Inevitabilidad del mal. El necesitado no tiene otro medio para salvaguardar el peligro que le amenaza, que no sea infligiendo un mal al bien jurídico ajeno.

Además, el mal temido debe ser:

a) Actual e inminente: la situación de necesidad debe cumplir estos requisitos y no ser futura o posible.

b) Grave e injusto: el sujeto no puede haber creado él mismo el peligro.

No es preciso que el mal haya empezado a producirse; basta con que el sujeto del hecho pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo, y que requiera realizar una acción para atajarlo.

e. Condiciones para la justificación

Son los siguientes:

a) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

b) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto (ejemplo: conductor que provoca un accidente y debe elegir entre atropellar a 1 o 5).

c) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

3. Obediencia jerárquica

a) Debe existir una relación jerárquica entre quien da la orden y quien la ejecuta.

b) El que da la orden debe contar con competencia abstracta (un notario no puede ordenar una detención).

c) El subordinado que ejecuta la orden debe tener competencia para hacerlo.

d) La orden debe ser expresa y aparecer revestida de las formalidades legales.

e) La orden no puede ser manifiestamente antijurídica.

4. Otras causas de justificación según el principio de ausencia de interés

• *Consentimiento del ofendido.* Los códigos no consideran el consentimiento del ofendido como causa de justificación, aunque ello signifique ausencia de interés, por eso el Código Penal sanciona como delitos los hechos que se realizan con el consentimiento de la víctima.

EJEMPLO

Podemos citar el caso del homicidio piadoso (Código Penal, art. 112), de la cooperación con el suicidio (Código Penal, art. 113), etc.

• *Ejercicio de un derecho.* Está exento de responsabilidad el que, en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de un deber o la ley, vulnere un bien jurídico (Código Penal, art. 20 inc. 8).

La práctica de determinadas profesiones puede generar la realización de conductas lesivas penalmente tipificadas, pero justificadas.

El periodista que ejerce legítimamente el derecho a la información no puede ser sancionado.

Los abogados que acusan a una persona y le atribuyen la comisión de un delito.

EJEMPLO

El chofer que conduce cumpliendo las normas de tránsito y cuidadosamente, y atropella a un peatón que se atraviesa repentinamente, no es responsable, aunque se debe averiguar si hubo culpa.

◇◇◇

CAPÍTULO 10
LA CULPABILIDAD

Resumen de este capítulo

En este capítulo se estudia la culpabilidad, la concepción funcionalista de la culpabilidad (Roxin, Jakobs, Zaffaroni y Bustos Ramírez) y nuestra definición de culpabilidad. Se analiza también la imputabilidad, su concepto y sus causas de inimputabilidad (enfermedad mental o psicosis, grave perturbación de la conciencia, sordomudez y ceguera, inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico, sueño, sonambulismo, hipnotismo, dolor y estados pasionales, intoxicaciones no alcohólicas, grave insuficiencia de la inteligencia y la etiología patogénica de la oligofrenia).

I. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho aislado. En otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre hizo y no a lo que el hombre es, apartando así el peligroso derecho penal de autor. Por otra parte, al fundar la pena en lo que el hombre hizo y no en lo que podrá hacer (es decir, su peligrosidad futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de la medida de seguridad.

El derecho penal postula una igualdad formal que se hace real, precisamente, en y a través de la culpabilidad (un concepto graduable) que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino por el grado de participación subjetiva en el hecho.

El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. La "motivabilidad", la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida[297].

297 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito,* 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 404-405.

RECUERDA

EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos.

La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica[298].

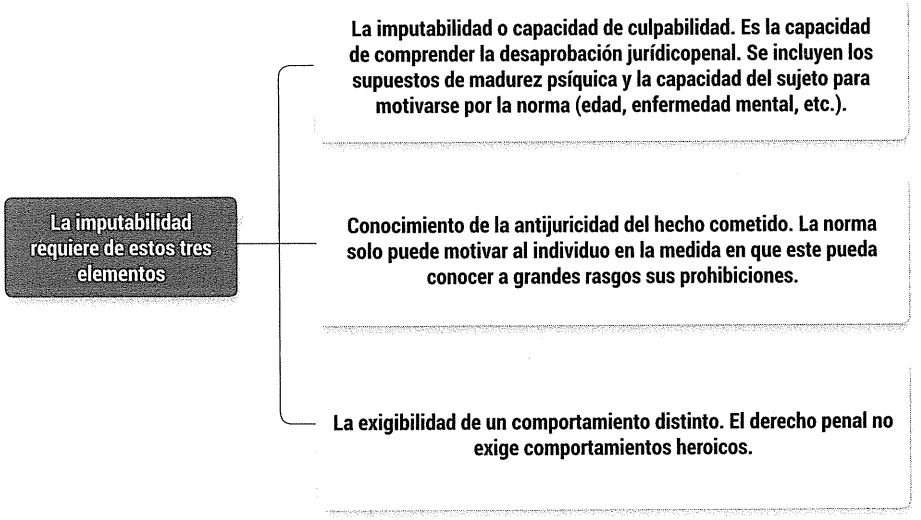
Existen varias concepciones sobre la culpabilidad:

- La concepción psicológica del positivismo filosófico (es el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial que ocasiona y se presenta como la intención o dolo y la negligencia o culpa).
- La concepción psicológica normativa de los neokantianos (la capacidad penal fue considerada como una condición previa a la culpabilidad).
- La concepción normativa (la evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues, la condición fundamental

298 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general,* 3ª ed. (trad. de la 12ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987, p. 197.

del juicio de culpabilidad). Se reprime al delincuente por lo que él puede voluntariamente hacer, no por lo que él es.[299]

El concepto de culpabilidad es un concepto carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.[300] El primero de los presupuestos de cualquier reproche de culpabilidad se halla en que el autor, al momento del hecho, haya sido siquiera capaz de actuar de modo responsable: de comprender lo ilícito del hecho y de dejarse determinar por esa comprensión, renunciando a su realización.[301]



299 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general,* 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 604-605.

300 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 653.

301 Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible,* 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 277.

II. LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA DE LA CULPABILIDAD

A lo largo del siglo XX se ha aceptado la teoría normativa de la culpabilidad, y como uno de sus presupuestos a la exigibilidad de la conducta debida basado en que el hombre elige entre realizar lo injusto o hacer una conducta conforme a derecho. A mediados de la década de los sesenta aparece una nueva corriente en Alemania que empieza a negar la relación libre albedrío-reproche-retribución como coordenadas de la culpabilidad capaces de servir de enlace entre lo injusto y la pena, y se basa la culpabilidad en consideraciones político-criminales, reconociéndose dos modelos de estructuras de culpabilidad:

- Un modelo "complementario" entre las necesidades preventivas del Estado y el concepto de culpabilidad, donde este último limita a la primera Roxin); y
- El esquema donde se reemplaza a la culpabilidad, pues la prevención se limita a sí misma (Jakobs).

1. La responsabilidad en Roxin

Roxin la define desde una perspectiva material, como una "actuación injusta pese a la exigencia de asequibilidad normativa". Se afirma la culpabilidad cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma".

RECUERDA

SEGÚN ROXIN, la culpabilidad puede ser definida, desde una perspectiva material, como una "actuación injusta pese a la exigencia de asequibilidad normativa".

El concepto "reprochabilidad" desarrollado por la concepción normativa de la culpabilidad resulta incompleto, ya que la valoración se orienta solo hacia la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídico penales, ha de hacérsele responsable de su conducta. Se perfecciona el concepto normativo bajo la dirección de una concepción normativa de responsabilidad.[302]

La responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. Señala Roxin que "el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho".[303]

RECUERDA

La RESPONSABILIDAD PENAL depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley".

302 Villavicencio Terreros, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general,* Grijley, Lima, 2005.

303 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

2. El concepto funcional de culpabilidad de Jakobs

Jakobs nos presenta como un fin rector y determinante de la culpabilidad a la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva. Así, existe responsabilidad "cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma". Esta falta de motivación por la norma, se entiende tanto si el autor no tuvo disposición o estuviera obligado a ella, "es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación".[304] Se entiende a la culpabilidad como una infidelidad al derecho, es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma, para lo que debe desarrollarse un determinado "tipo de culpabilidad": el autor debe comportarse antijurídicamente; debe ser capaz de cuestionar la validez de la norma; debe actuar sin respetar el fundamento de validez de las normas; y en algunas oportunidades, acompañar elementos especiales de culpabilidad que dependen del tipo de delito.

RECUERDA

SEGÚN JAKOBS, se entiende a la culpabilidad como una infidelidad al derecho, es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma.

Ante la comprobación de la infidelidad al derecho o un déficit de motivación jurídica, el castigo al autor es inminente, esto en razón al mantenimiento de la confianza general en la norma para ejercitar su reconocimiento general.

304 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

El cuándo se fija la necesaria disposición dependerá del fin de la pena, de las condiciones para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Para Jakobs, el fin es preventivo-general. Las necesidades preventivas del Estado disponen cuándo es necesario obedecer a la norma para no caer en una infidelidad al derecho que lesionará la confianza general que se tiene de la norma.

3. Concepto de culpabilidad en Zaffaroni[305]

Se concluye que la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en el que el sistema penal ha concentrado su peligrosidad, descontando el mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad. Creemos que en el derecho penal peruano una aproximación a esta lectura estaría representada por el artículo 45 del Código Penal que establece que, al momento de fundamentar y determinar la pena, el juez deberá tener en cuenta las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y costumbre y los intereses de la víctima, es decir, su vulnerabilidad frente al sistema penal.[306]

305 Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

306 Villavicencio Terreros, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general,* Grijley, Lima, 2005.

4. Responsabilidad en Bustos Ramírez

La culpabilidad es responsabilidad, pero con una dimensión mucho más profunda. Entiende que cuando se plantea la responsabilidad, es de considerar a la de la sociedad, sea por el papel que esta ha designado en un sujeto responsable como por los diferentes controles que le ha impuesto. En este sentido, la conciencia del hombre surge por su relación social; entonces la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia.

RECUERDA

PARA ZAFFARONI, la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

Responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él; pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella.

Bustos considera que el límite de la reacción social que se ejerce sobre el sujeto se halla en su conciencia, pero dado que esta se determina socialmente, también la sociedad toda responderá sobre ello.

Bustos plantea que lo que importa es la persona responsable frente al sistema penal-criminal, es decir, que esta pueda responder frente a las tareas concretas que le exige el sistema. Por ello, considera que responsabilidad implica **exigibilidad**.

Se trata de qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado, en definitiva, de una persona frente a una situación concreta. *Responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos.* El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás y que es exigida también por el sistema. La visión de la culpabilidad como exigibilidad consiste no en la capacidad del sujeto para dar una respuesta determinada, sino de la capacidad del Estado para exigir esa respuesta.[307]

RECUERDA

SEGÚN BUSTOS, responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos. El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por los demás y que es exigida también por el sistema.

Aun así, Bustos considera que, en todo caso, resulta más propio en un Estado social y democrático de derecho, en lugar de culpabilidad, hablar de responsabilidad de la persona por la carga moralizante y estigmatizadora que tiene este concepto. La cuestión consiste en determinar en qué medida el Estado puede exigirle una determinada repuesta a una persona determinada en una situación concreta. En definitiva, mejor que culpabilidad, responsabilidad es igual a exigibilidad.

La responsabilidad del sujeto conlleva a tres condiciones: primero, la exigibilidad sistémica o inimputabilidad; segundo, la exigibilidad de la conciencia del injusto; tercero, la exigibilidad de la conducta.

307 Loc. cit.

III. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

Para José Urquizo Olaechea, tipicidad y antijuridicidad expresan distintos momentos valorativos y se presentan en forma de escalón, situación que permite la delimitación de los elementos penales. Una conducta resulta intolerable para el sistema social porque afecta o pone en peligros bienes jurídicos, esto es, quiebra la paz social y desarmoniza los procesos de comunicación social en que concurre el ciudadano, la sociedad civil, las instituciones. Luego, en un segundo nivel, se indaga si tal conducta afecta el ordenamiento jurídico o está "justificada". Sobre tales presupuestos descansa "otro" juicio de valor referido a los dos primeros: a la conducta típica y antijurídica realizada por el sujeto, esto es, la culpabilidad penal. La culpabilidad penal es un conjunto de preguntas y respuestas. Solo como consecuencia de responder las interrogantes se pasa a fundamentar la culpabilidad en el caso concreto; visto así, la culpabilidad como categoría jurídico-penal es un imperativo o una necesidad, pues solo así se justifica que una conducta quede inmersa en los dominios del derecho penal.

Para este autor, la tipicidad ofrece garantías, pero no las suficientes, en cuanto capta una acción u omisión descrita en la ley; pero dicha acción u omisión cobra tales dimensiones (rebasa la tipicidad e incluso la antijuridicidad) que pasa a regirse en base a la pena estatal. Existe una conexión entre la culpabilidad y pena estatal. Tal conexión no significa la pérdida de su autonomía conceptual y mucho menos su autonomía normativa; por el contrario, se guía por sus propios fines y cometidos en el caso de la culpabilidad, pueden surgir muchas in-

terrogantes respecto a su contenido, función, fines u otras y también muchas respuestas o incluso prescindir de ella, pero hasta ahora no existe una solución convincente.

RECUERDA

LA CULPABILIDAD ES la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

Urquizo considera también que el dato fáctico realiza un gran aporte a la culpabilidad, en tal sentido es una garantía, pues nadie responde más allá de su hecho. Siendo el hecho una concreción, no admite hipótesis o supuestos, pues ni la hipótesis ni los supuestos son hechos, sino situaciones posibles, ideales; el derecho penal no cuenta con ellos. El hecho es objetivo y se vincula con el tipo legal, y también quedan proscritos elementos de otra índole que pretendan denotar culpabilidad, por ejemplo, cuando se hace referencia a la conducción de vida o la culpabilidad por el carácter. También, siguiendo una línea estricta en virtud de la responsabilidad por el hecho, resulta discutible que se pretenda ver en los hechos anteriores o posteriores al delito un medio de graduación de la culpabilidad o la culpabilidad misma en una etapa anterior o posterior.[308]

El derecho penal de las últimas tres décadas ha afrontado un agudo debate en torno al principio de culpabilidad constitutivo, en verdad, de otro episodio más de la milenaria controversia entre deterministas e indeterministas, esto es, entre quienes afirman la

308 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

existencia de la libre capacidad de autogobernarse por parte del ser humano (libre albedrío) y sus impugnadores. Esta disputa, encuentra en este campo terreno abonado para afrontar una problemática insoluble en el estado actual del conocimiento humano, pues la ciencia no está en capacidad de demostrar ni de negar lo uno o lo otro, pese a los progresos tecnológicos en tiempos recientes. Así lo comprueban estudios interdisciplinarios los cuales, después de intentar entender la libertad humana como fenómeno de naturaleza empírica y examinarla a la luz de los métodos propios de las ciencias exactas, afirman estar enfrente a un *non liquet*, pues "ni el indeterminismo ni el determinismo se pueden probar. Ambos son posibles". No obstante, en el derecho penal actual se observan por lo menos tres corrientes sobre la concepción de la culpabilidad, yendo desde las más extremas opiniones librearbitristas hasta las deterministas, pasando por intentos mediadores de diverso orden, tal como se muestra a continuación.

Así las cosas, y presentado el acercamiento hacia la culpabilidad como categoría del delito, debemos tomar posición (pues, como es de observarse, no existe uniformidad de criterios sobre el concepto mismo) sobre qué entendemos por culpabilidad.

En principio, ya en este punto debemos decir que tenemos una conducta típica y antijurídica. Es decir, cuando pasamos al análisis de la culpabilidad ya existe un "injusto penal". La diferencia es que ya no nos centramos en él la conducta del sujeto, sino en el sujeto mismo. Así, se realiza una suerte de *giro copernicano*[309] en términos de Kant, es decir, la conducta deja de ser objeto de análisis y se procede a analizar a quien la realiza. El decir que una persona es "culpable" es el reconocimiento antropológico-jurídico a que su actuar es el de un

309 Kant plantea esta analogía en materia de teoría del conocimiento cuando cuestiona que el énfasis del análisis no debe enfocarse en el objeto de conocimiento, sino en el sujeto cognoscente.

ser un libre; y que puede ser "responsable" por dicho actuar. Entonces, si es responsable por su actuar libre, entonces el Derecho penal legítimamente puede sancionar; puede reprocharle normativamente por su actuar injusto; y solo así estaríamos hablando de que se ha configurado un delito.

Esta primera asunción metodológica, el aceptar que somos seres libres —*ergo,* responsables— y no determinados implica que se pueda realizar un juicio de culpabilidad sobre un sujeto. Por tanto, quien lleva a cabo un hecho típico y antijurídico será culpable si, habiendo infringido dicha norma, pudo en realidad no haberlo hecho, esto es, si pudo haberse comportado de forma diferente a como lo hizo siéndole ello exigible. Para poder afirmar esto último tenemos que aceptar, en contra de la tesis determinista, la existencia del libre albedrío, pues es evidente que sólo un ser dotado de libertad, de cierta libertad, puede regirse por normas y puede ver reprochada su conducta antinormativa.

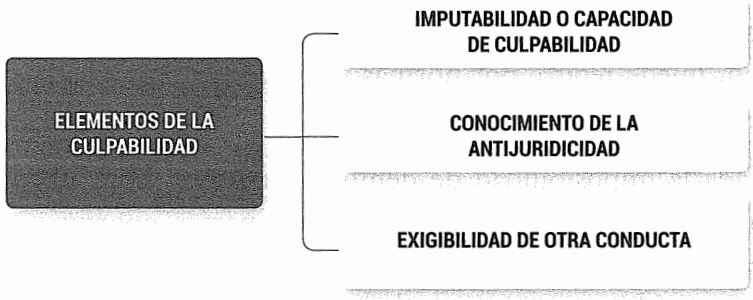
Así, dada la imposibilidad de demostrar tanto el libre albedrío del hombre como el determinismo absoluto, parece oportuno conformarse con un libre albedrío o determinismos relativos teniendo en cuenta que si bien es cierto que la herencia y el medio tienen alguna influencia sobre la decisión humana, esta tiene su origen en la libertad del hombre para tomarla , y es en ese margen donde debe incidir el juicio de culpabilidad, exigiendo a la persona un comportamiento ajustado a las capacidades concretas de ese individuo puestas en relación con el respeto de unas normas que le demandan una determinada actitud. Esta relativa libertad de actuación, predicable de toda persona, constituye una exigencia político-jurídica que entronca directamente con el respeto de su dignidad y que se erige en soporte de todo el sistema jurídico, incluido naturalmente el penal[310].

310 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 212.

El concepto y categoría de culpabilidad es probablemente el más importante en Derecho Penal pues supone dejar de lado conceptos tales como el *versari in re ilícita* (responsabilidad objetiva) y la superación del *error iuris nocet* (el error de derecho perjudica).

IV. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad requiere de tres elementos para que pueda configurarse. Estos son: la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de otra conducta. A continuación, pasaremos a analizar cada una de ellas.



1. Imputabilidad o capacidad de culpabilidad

Es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión.

a. Concepto

La imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios.

La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas —psíquicas y físicas— que le permitan comprende la antijuricidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad. Así, imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la "suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal". En este sentido, si un individuo no padece de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad, en consecuencia, este hecho origina que, frente al poder penal, la persona se encuentre en una situación de inexigibilidad[311].

RECUERDA

LA IMPUTABILIDAD ES la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios.

La imputabilidad expresa la capacidad subjetiva de culpabilidad en función de las facultades psíquicas del autor de conocer y comprender la norma por él quebrantada. Es imputable quien tiene idoneidad para responder de la realización del injusto típico, en la medida en que puede comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo[312].

311 Villavicencio Terreros, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general,* Grijley, Lima, 2005.

312 Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal. Parte general.* ARA, Lima, 2015, pp. 493-494.

A decir de Mir Puig, la imputabilidad requiere a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento[313]. Así pues, esta se sustenta en la capacidad de una persona para responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales. Dado que esta situación es predicable de todos los ciudadanos, la imputabilidad es expresión del principio de igualdad[314].

En otras palabras, la imputabilidad debe ser definida como el juicio de valor, expresado sobre la base de la existencia en el individuo de un conjunto de requisitos psicológicos y normativos, que permite la atribución subjetiva de una infracción penal al mismo por poseer las condiciones mentales adecuadas y no existir impedimento legal alguno para poder formular contra él el reproche por haber actuado en contra de las exigencias del Derecho[315].

Asimismo, es menester advertir que los inimputables pueden conocer y querer el hecho delictivo, así pues, lo que hoy se suele exigir que el sujeto que ha realizado el comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, sea capaz de comprender este significado antijurídico del mismo o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho. Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la

313 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 581.

314 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 634.

315 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, pp. 215-216.

suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento[316].

Finalmente, cuando analizamos la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad se responde a la pregunta sobre cuáles son las condiciones mínimas para que una persona sea reprochable por su actuar injusto, esto es, la minoría de edad, y sus condiciones psíquicas-motrices.

b. Causas de inimputabilidad

Algunas veces un sujeto deja de ser imputable por las llamadas **causas de inimputabilidad**, que nuestro Código Penal los enumera en su artículo 20:

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;

2. El menor de 18 años.

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
a) Agresión ilegítima;
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro

316 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., pp. 581-582.

bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

En este tipo de situaciones, si bien la conducta es típica y antijurídica, no es posible atribuir el acto realizado al sujeto por no concurrir en él varias condiciones: salud mental, conciencia plena, suficiente inteligencia o madurez psíquica.

b.1. Enfermedad mental o psicosis

Denominación general para toda perturbación mental mayor de origen orgánico y/o emocional, caracterizada por pérdida de contacto

con la realidad, a menudo con alucinaciones e ilusiones. Es de notar que en las psicosis existe alteración de la inteligencia, mientras que en las psicopatías hay alteración de la personalidad.

RECUERDA

LA ENFERMEDAD MENTAL O PSICOSIS ES toda perturbación mental mayor de origen orgánico y/o emocional, caracterizada por pérdida de contacto con la realidad, a menudo con alucinaciones e ilusiones.

Para que la psicosis sea causa de inimputabilidad se requiere una relación de causalidad (la psicosis debe estar presente cuando se comete el hecho delictivo) y la enfermedad debe ser total; si es parcial, es sólo atenuante.

Para determinar si existe o no una enfermedad mental, se sigue los siguientes criterios legales:

- *Biológico o psiquiátrico.* Basta el diagnóstico para determinar la inimputabilidad. Somete al juez a la opinión de los psiquiatras.
- *Psicológico.* Basta la manifestación de anormalidad en el momento del delito. Describe los efectos que deben producirse en la mente del sujeto. Lleva a errores.
- *Mixto.* El juez determina la imputabilidad en base a un diagnóstico psiquiátrico y en base al momento de manifestarse la anormalidad.

b.2. Grave perturbación de la conciencia

Es una situación en que se encuentra el sujeto cuando sufre una alteración de la percepción de la realidad. Puede ser causado, por ejemplo, por la embriaguez alcohólica. La embriaguez alcohólica es el

trastorno psíquico temporal de carácter tóxico que altera los procesos cognoscitivos y disminuye el control voluntario de los actos.[317]

La embriaguez se clasifica en:

- *Fortuita o involuntaria*, que es la ingestión de una o varias copas de alcohol, pero que para la naturaleza del sujeto es excesiva, razón que cae en embriaguez aguda. Es eximente.
- *Plena o completa*, que es el pleno estado de confusión donde el ebrio está privado totalmente de la inteligencia y carente completamente de la voluntad.
- *Semiplena o incompleta*, en donde aún tiene capacidad de querer y comprender, aunque no lúcidamente.

Si la embriaguez alcohólica es fortuita y plena, es eximente; si es semiplena, es atenuante. Si es culposa, responde a título de culpa. Si es embriaguez dolosa, responde a ese título.

RECUERDA

LA GRAVE PERTURBACIÓN DE LA CONCIENCIA ES una situación en que se encuentra el sujeto cuando sufre una alteración de la percepción de la realidad.

b.3. Sordomudez y ceguera

Si es de nacimiento, la psicología afirma que no tendrá un desarrollo pleno de la inteligencia ni la capacidad de conocer, de allí que siendo normales se los trata como si fueran oligofrénicos.

317 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999. También en: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general,* presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

b.4. La inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico

La inconsciencia es una perturbación temporal ajena a lo patológico y carente de base somática. Estas perturbaciones se muestran en situaciones, para que sean eximentes, que deben estar en el momento del acto, o sea, anular totalmente el conocimiento y la voluntad del autor en ese momento. Si es parcial, es atenuante.

RECUERDA

LA INCONSCIENCIA ES una perturbación temporal ajena a lo patológico y carente de base somática.

b.5. El sueño

Esta situación excluye la capacidad de comprender y conocer, por lo tanto, no hay culpabilidad. Para que no haya sanción se precisa de un examen, pues importa que no haya *actio liberae in causa.*

EJEMPLO

La madre que aplasta a su bebé recién nacido.

b.6. El sonambulismo

Sueño anormal caracterizado por la aptitud del sujeto de realizar actos equivalentes al estado de vigilia. Es inimputable. Pero si sabía de su anormalidad, responde a título de culpa.

b.7. Hipnotismo

Estado de sugestión profunda. Es inimputable si es instrumento del hipnotizador; de otro modo es semi-imputable.

b.8. Dolor y estados pasionales

El dolor extremo era atenuante; si destruía la razón, era eximente. El Código Penal solo menciona el dolor tratándose del homicidio piadoso. El estado pasional como estado alterado de conciencia, es atenuante.

b.9. Intoxicaciones no alcohólicas

Se da por ingestión de substancias que disminuyen la capacidad cognoscitiva y el control de la voluntad. Puede ser eximente o agravante, según la personalidad y/o la gravedad del hecho concreto.

b.10. Grave insuficiencia de la inteligencia

La grave insuficiencia de la inteligencia u oligofrenia (del griego *oligo*, poco y *prhéen*, inteligencia) es un síndrome neurológico caracterizado por déficit intelectual, congénito o precozmente adquirido y por la modificación global de la personalidad.

b.11. Etiología patogénica de la oligofrenia

La falta de inteligencia puede ser:

- Hereditaria.
- Genética.
- Por alteración de cromosomas (síndrome del grito del gato).
- Por número irregular de cromosomas (síndrome de Down, trisomía 18, síndrome de Klinefelter, síndrome de Turner).
- Por translación (cromosoma Filadelfia).
- Germinales. Son causas exógenas que se dan en periodos de preparto (por sífilis, ingestión de medicamentos), parto (asfixia) y postparto (caída accidental del neonato).

c. Otras causas de exclusión de la imputabilidad

c.1. Anomalía psíquica

Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapen del marco de un contexto vivencial y responden de una lesión al cerebro, como psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras.

La anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía le impida comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o determinar su conducta de acuerdo a dicho comportamiento.

Las anomalías psíquicas se refieren a las representaciones mentales (alucinaciones, por ejemplo) que, por no corresponderse con la realidad, se reputan como psicosis. Estas pueden deberse a factores biológicos, psíquicos o sociales. En algunos casos se producen a consecuencia de causas ajenas al organismo del sujeto (exógenas), como la psicosis por infección, intoxicación por alcohol o drogas, atrofia cerebral e incluso por situaciones extremas (guerras). En otros casos se debe a causas endógenas, como la esquizofrenia, la oligofrenia o debilidad mental congénita y la demencia maníaco depresiva[318]. Para que este deficiente estado psíquico exima de responsabilidad penal es necesario que sea de una gravedad tal que incide en la capacidad del autor de percibir la realidad, valorarla correctamente o determinarse con base en esa valoración. Dependiendo de la entidad de la anomalía psíquica, puede ser que suprima la imputabilidad penal en general o solamente en relación con determinados delitos[319].

---

318 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., p. 149.

319 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 688.

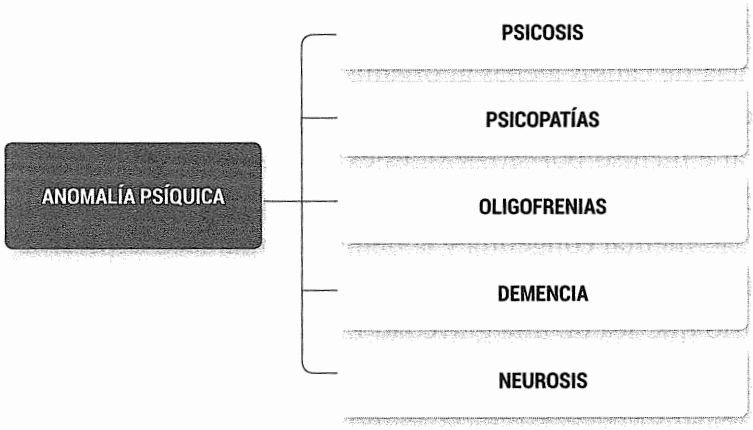
Nuestra jurisprudencia ha desarrollado estos supuestos de inimputabilidad en diversos momentos; a saber, en lo tocante a la anomalía psíquica se ha dicho lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Constituye causal de exención de responsabilidad el hecho de que el acusado presente un cuadro depresivo grave con síntomas psicóticos, disponiéndose la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio.

(Consulta N.º 4652-96-Lima, de 05-02-1997, Sala Penal "C")

Dentro del término "anomalía psíquica" podemos abarcar diversas deficiencias (y enfermedades mentales) de la actividad intelectual y de la psique en general. Solo en modo enunciativo podemos referir: las psicosis, psicopatías, oligofrenias, demencia y neurosis.



c.2. Las psicosis

Son las propias enfermedades mentales, caracterizada por dos elementos: una base somática, que se ha demostrado heredable, y una transformación morbosa no transitoria de las leyes psíquicas, que en

sus fases agudas suponen una pérdida de contacto objetivo con la realidad (alucinaciones, delirio, autismo, etc.). Suponen, pues, una perturbación cualitativa de la normalidad psíquica que se reputa de base somática[320].

Las psicosis se pueden clasificar en endógenas y exógenas. En las primeras son originadas por el propio organismo del enfermo, tales como la esquizofrenia[321] (trastorno que provoca una profunda alteración de la consciencia del yo y el mundo circundante), la paranoia[322] (trastorno delirante), el trastorno bipolar[323]. Las segundas son aquellas que penetran al organismo desde fuera, cuyo origen puede ser traumático (por lesiones cerebrales), por intoxicación (debido al consumo de drogas o alcohol) o por infección como la parálisis pro-

320 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 588.

321 Conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica (en griego *esquizos* significa escisión y *phrenos* inteligencia), con graves trastornos en la asociación del pensamiento, de la afectividad, del contacto del "yo" con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial, como síntomas primarios. Cfr. CODÓN, José María e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica, penal y civil,* Aldecoa, Burgos, 1968, T. I, pp. 244 ss., 250 ss.; CASTILLO DEL PINO, Carlos, *Introducción a la psiquiatría,* Alianza Universidad, Madrid, 1980, T. 2, pp. 225 ss.

322 Da lugar al desarrollo insidioso de un *delirio* sistematizado, crónico, inmutable, de evolución lenta, producidos por causas endógenas y acompañado de perfecta lucidez (Kraepelin). Puede manifestarse en forma de delirios de grandeza, delirios de interpretación, de celos, eróticos, místicos, hipocondríacos, u otras monomanías (nombre con que también se designa a veces la enfermedad) que no afectan a la normalidad del resto de la vida psíquica. Cfr. CODÓN/LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica, penal y civil,* cit., T. I, pp. 284 ss.; CASTILLO DEL PINO, *Introducción a la psiquiatría,* cit., T. 2, pp. 161 ss.

323 Anteriormente denominado psicosis maníaco-depresiva, es una enfermedad del estado de ánimo que, sin afectar a la capacidad intelectual, determina, de forma periódica y generalmente sin motivo externo alguno, oscilaciones entre fases de profunda depresión o tristeza y exaltada euforia (esto último se llama psiquiátricamente "manía"), entre las cuales se producen períodos de remisión con apariencia de normalidad absoluta. Cfr. CODÓN/LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica, penal y civil,* cit., T. I, pp. 313 ss.; CASTILLO DEL PINO, *Introducción a la psiquiatría,* cit., T. 2, pp. 126 ss.

gresiva, las dolencias convulsivas orgánico-cerebrales y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral como la arterioesclerosis o la atrofia cerebral[324].

En otro momento, se ha dicho que la sola existencia de una personalidad esquizoide no supone por sí misma la existencia de anomalía psíquica. A saber:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La personalidad de tipo esquizoide no constituye en sí misma un supuesto de anomalía psíquica grave, pues indican los peritos —desde la perspectiva de su efecto psicológico— los sujetos que la padecen tienen capacidad para internalizar valores y de orientarse según ellos, no están desconectados de la realidad, que en consecuencia es de rechazar la presencia de una causa de exclusión de la imputabilidad.

(R. N. N.º 2778-2004-La Libertad, de 15-11-2004, Sala Penal Permanente).

Así también, se ha analizado la esquizofrenia paranoide como supuesto de anomalía psíquica, en este sentido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

De tratarse de un sujeto que padece de una esquizofrenia paranoide estaríamos frente a una psicosis frecuente y grave con desorganización de la mente, porque es la alienación por excelencia, comúnmente llamada locura, algunos psiquiatras la llaman demencia precoz para diferenciarla de la demencia senil, pues la esquizofrenia paranoide se presenta en la juventud, aumenta entre los 30 y 35 años para decrecer a los 50, resultando muy raro que se presente después de esta edad, pero no es la regla que esta enfermedad se presente con demencia, porque puede haber esquizofrenia sin demencia, en este cuadro el individuo conversa solo o tiene alucinaciones auditivas, cree que alguien lo insulta, cree escuchar una muchedumbre que lo pretende agredir, tiene delirio de

324 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 689.

persecución, cree que lo atacan y por eso justifica su agresión a otra persona como en el caso de autos donde le dice a su víctima (...) estás loco o qué (...) creyendo que el agraviado le estaba atacando.

(Exp. N.º 1400-95-Junín, de 30-09-1996. Sala Penal)

c.3. Las psicopatías

Son anormalidades del *carácter* de naturaleza constitutiva y heredada, que no constituyen psicosis ni oligofrenias. Los psicópatas son personalidades anormales. Su anormalidad se caracteriza por un desequilibrio cuantitativo entre las distintas componentes de la personalidad (instintos, sentimientos, inteligencia, voluntad, etc.), lo que la lleva a reaccionar de forma desproporcionada ante ciertos estímulos. Para expresar la anormalidad del psicópata Schneider definió las personalidades psicopáticas como aquellas personalidades anormales que por su peculiaridad sufren o hacen sufrir a los demás y a la sociedad. Entre los psicópatas destacan por su peligrosidad los llamados "locos morales" (*moral insanity*) o también "desalmados". No sienten los frenos morales que poseen los hombres normales, lo que puede hacerlos capaces de los mayores crímenes sin que sientan remordimientos[325]. La psicopatía no es una enfermedad sino un "modo de ser" de ahí que no tenga curación. Además, que esta no afecta ni a la inteligencia ni a la voluntad de ahí que conlleva diversos problemas jurídico-penales en torno a poder argumentar tan siquiera como una eximente imperfecta. Aunque cierto sector de la doctrina admite que las psicopatías pueden dar lugar a una situación de inimputabilidad, siempre que mermen la asequibilidad normativa del sujeto[326].

325 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 590.

326 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 690-691.

c.4. Las oligofrenias

Tiene origen en lesiones cerebrales en el claustro materno o en lesiones traumáticas durante el parto, o en la primera infancia.

Supone la deficiencia mental pronunciada que impide que la persona desarrolle un nivel intelectual, emocional y racional normal de acuerdo a los parámetros científicamente aceptados para cada rango de edad.

En las oligofrenias se produce un déficit de la capacidad intelectual, el cual puede fundamentar la ausencia o al menos la disminución de la imputabilidad[327]. Las oligofrenias son estados de debilidad intelectual congénita o adquirida en los primeros años de vida. Estas no suponen en sí mismas, a diferencia de las psicosis, una alteración cualitativa de la vida psíquica, sino una insuficiencia *cuantitativa* del grado de inteligencia (en griego *oligos* significa "poco" y *phren* "inteligencia").

Según el grado de atraso intelectual, clásicamente se han venido a distinguir tres clases de oligofrenia, que de menor a mayor son las siguientes: la debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia. Si la normalidad se establece entre 90 y 110, siendo 100 la cifra media ideal, la debilidad mental comprenderá los casos de coeficiente intelectual (IQ) comprendido entre 50 y 80 (de 80 a 90 habla Terman de una zona lindante poco segura de "torpeza intelectual"), la imbecilidad los que se hallan entre 25 y 50, y la idiocia los inferiores a 25[328].

La debilidad mental es el grado más ligero de la oligofrenia, la cual permite terminar los estudios escolares, pero muy difícilmente el aprendizaje de una profesión. La imbecilidad es el grado medio de afectación a la capacidad intelectual del enfermo que le impide el

327 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 221.

328 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 589.

desarrollo de una vida independiente. De otro lado, la idiocia es el grado más severo de oligofrenia que conduce a la necesidad de atención y custodia permanente. A menudo falta en los idiotas incluso la capacidad de hablar[329]. En clave de atribución penal sólo serían imputables (restringidos) los débiles mentales pues los imbéciles e idiotas difícilmente se les pueda atribuir capacidad de culpabilidad.

Un caso particular de oligofrenia radica en las personas con síndrome de Down[330]. En estos casos se tiene que calcular la inteligencia de esta persona sobre el estándar de posibilidad de socialización e inteligencia de una persona de dieciocho años[331]. Fundamentalmente en lo atinente en la capacidad de autocontrol y comprensión de las normas imperativas y prohibitivas de nuestra sociedad; si no se satisface dicho estándar la persona con dicho mal congénito no podría responder penalmente; esto naturalmente debe evaluarse caso por caso dado que la personas con síndrome de Down muchas veces ven afectada de mayor o menor manera su capacidad de autocontrol y conciencia de la realidad. Similar lógica se habrá de seguir con las personas con síndrome de Asperger, trastornos del espectro autista, síndrome de Rett, trastorno desintegrativo de la niñez, el trastorno generalizado del desarrollo no especificado, entre otros que se puedan presentar conforme al avance de la ciencia.

c.5. Demencia

La demencia implica un déficit en la capacidad intelectual de la persona, pero a diferencia de la oligofrenia esta es el resultado de las

329 Roxin, *Derecho penal. Parte general,* cit., 2009, T. I *(Fundamentos. La estructura de la teoría del delito),* p. 834.

330 El síndrome de Down se presenta en personas que nacen con una copia adicional del cromosoma 21.

331 Estándar sobre el cual una persona tiene capacidad de culpabilidad como presunción *iure et de iure* según nuestra legislación.

facultades cerebrales que tienen como raíz el paso de los años y el deterioro mental producto de ese pasar del tiempo. Implica un deterioro progresivo de la capacidad cerebral degenerativa solo a modo de ejemplo podemos referir la enfermedad del Parkinson, el Alzheimer o derrames cerebrales, entre otros.

c.6. Neurosis

Constituyen reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación, que se manifiestan principalmente en forma de angustia, depresión que pueden generar impulsos irresistibles. Estas manifestaciones no tienen origen orgánico (lo que las diferencia de las psicosis); así, son ciertas situaciones de la vida de la persona las que desencadenaron en ella la reacción anormal, y que podrían desaparecer por vía psicológica[332]. La ciencia médico psiquiátrica ha podido distinguir entre neurosis histérica, depresiva, obsesiva compulsiva (TOC), ansiedad, postraumática, etc.

Finalmente, es menester señalar que para encontrarnos en este supuesto son necesarias tres exigencias: i) exigencia médica (debe padecer una anomalía psíquica); ii) exigencia temporal (debe concurrir dicho estado al tiempo de cometer la infracción penal); iii) exigencia psicológica (el estado en que se encuentra el individuo debe impedirle comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión)[333].

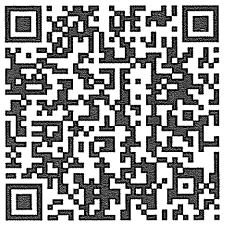
De esto se sigue que en muchos casos no se pueda aplicar la eximente perfecta en virtud a la posibilidad —aunque menor— de comprensión del autor durante los hechos materia de imputación, en dichos

332 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 591.

333 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 219.

supuestos habría que disminuir la pena prudencialmente a límites inferiores al mínimo legal de conformidad con el artículo 21 del CP.

En otro momento, nuestra Corte Suprema ha distinguido entre anomalía psíquica y la grave alteración de la conciencia. A saber, en dicho pronunciamiento se ha dicho que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3.4. La inimputabilidad puede ser consecuencia no sólo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros. El numeral 1, del artículo 20, del Código Penal, expresa que están exentos de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. **3.5.** A diferencia de la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia se presenta como producto de sustancias exógenas, como el alcohol, drogas, fármacos, etc. Este trastorno mental debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas del agente; deben incidir en la misma magnitud que las causas de la anomalía psíquica.

(R. N. N.° 1377-2014-Lima, de 09-07-2015. Sala Penal Transitoria).

c.7. Grave alteración de la conciencia

La inimputabilidad pude ser consecuencia no solo de ciertos estados patólogos permanentes (anomalía psíquica), sino también de ciertos estados anormales pasajeros. En particular, se debe considerar estos factores:

- Carecen de un fondo patológico. Deben ser profundos.
- Estados pasionales intensos: debate en la doctrina.
- *Actio libera in causa*: se presenta en el supuesto del sujeto que busca, contempla la posibilidad y la acepta, de colocarse en

un estado inimputabilidad para así delinquir y luego invocar inimputabilidad: no se acepta. Puede ser dolosa o imprudente.

En la grave alteración de la conciencia, a diferencia de la anomalía psíquica, la perturbación en el sujeto no se origina en factores endógenos y consustanciales a él; sino, esta alteración tiene una razón en algún elemento externo de la realidad, substancias exógenas que pueden alterar las facultades psicomotrices del individuo, a saber: el alcohol, las drogas o fármacos psicotrópicos. Aunque también se encuadran en estos supuestos cambios patológicos transitorios (fiebres repentinas).

Con el término consciencia se alude a la consciencia de uno mismo en su relación con la consciencia del mundo exterior —relación entre el yo y el mundo circundante—. De otro lado, la alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida[334].

En realidad, durante un estado de plena intoxicación puede decirse que el sujeto padece de un trastorno mental transitorio. Importa destacar que la intoxicación plena hace imposible, en la mayor parte de los casos, la comisión de hechos delictivos, por lo que la aplicación de la eximente completa se dará en muy contadas ocasiones. La ingestión del tóxico en cantidades determinadas afecta a las facultades psíquicas, alcanzando niveles de anormalidad análogos a los producidos por otros déficits característicos de la enfermedad mental[335]. Al ser transitorio, su origen es exógeno y no patológico. Tal es el caso de estados producidos por el consumo de alcohol o drogas, poshipnóticos, postraumático, ciertos estados de agotamiento o fatiga extrema y, en general, de emociones o estados pasionales que trastocan las instancias psíquicas de control de la persona (odio, celos, miedo). Este

334 Jakobs, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 639.

335 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 224.

trastorno mental, por exigencia legal, tiene que ser grave. Así pues, esta gravedad habrá de determinarse en función de lo que la ley exija en cada caso en concreto[336].

Ahora bien, si bien la alteración de la conciencia ha de ser grave (artículo 20.1 del CP) esta no debe anularse por completo, pues en aquel supuesto nos encontraríamos en una situación de ausencia de acción o ausencia de conducta. En la grave alteración de la consciencia lo que existe es una reducción sustancial del grado de conciencia de sí mismo y la relación del sujeto con el mundo circundante. El acontecimiento de lo que ocurre en su entorno no es captado plenamente por el sujeto y por tanto no es posible reprocharle el injusto acaecido, por ejemplo: un amigo (A) va a una fiesta con otro (B). Siendo que luego de tomar varios tragos —los suficientes para alterar gravemente su conciencia— (A) no se percata que (B) tiene un shock producto de la ingesta de alcohol. En este caso (A) no respondería penalmente por el omitir auxilio a (B).

La exención de responsabilidad penal exige el cumplimiento de ciertas exigencias, al igual que en la anomalía psíquica. Sin embargo, en la grave alteración de la consciencia es menester precisar que los más de los casos supondrán una eximente imperfecta, *ergo*, una disminución de la pena, mas no una exención de la responsabilidad penal:

i) *Exigencia médica.* El sujeto debe hallarse en estado de intoxicación plena (en caso de no ser plena supondrá una disminución de la pena como eximente imperfecta). No todo consumo de sustancias tóxicas implica la apreciación de la excusa, puesto que no siempre se ve alterado el equilibrio psicofísico de modo que justifique la consideración del sujeto como incapaz de entender y querer en relación con los hechos cometidos bajo el influjo de las sustancias estupefacientes.

336 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., pp. 150-151.

No obstante, casi todas las drogas, ingeridas en cantidad suficiente, producen la intoxicación típica.

ii) *Exigencia temporal.* El estado de intoxicación debe concurrir al tiempo de cometer la infracción penal.

iii) *Exigencia psicológica.* El estado en que se encuentra el individuo debe impedirle comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión[337].

c.8. La doctrina del *actio libera in causa*

Existen supuestos en los que un sujeto actúa bajo grave alteración de la conciencia en casos de ausencia de acción por un estado de inconsciencia auto-provocada dolosa o culposamente, y en principio, bajo un modelo clásico de imputación —que se basa en el principio de coincidencia o simultaneidad[338]— podría eximírsele o reducírsele la pena. Estas situaciones se resuelven con la doctrina del *actio libera in causa* (ALIC).

Son muchas las situaciones donde podría ser aplicable esta doctrina, *verbi gratia:*

i) Cuando el autor se coloca dolosamente en una situación de embriaguez para neutralizar sus inhibiciones y poder cometer un hurto determinado (ALIC doloso).

ii) Alguien que es citado como testigo y, para afianzar una concreta declaración falsa, ingiere un psicofármaco que le hace prestar falsa declaración en juicio en una situación de embriaguez (ALIC doloso).

---

337 Suárez Mira-Rodríguez, *Manual de derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 224.

338 El mismo que implica una coincidencia o identidad entre la acción realizada por el agente y las exigencias subjetivas por la acción.

iii) El conductor de un vehículo sigue circulando con el mismo a pesar de los evidentes síntomas de cansancio, por lo que se queda dormido durante el camino y atropella a un niño (ALIC culposo)[339].

iv) Cuando un jefe de obra de una construcción tiene trastorno límite de personalidad controlado (enfermedad psiquiátrica controlada) pero no toma su medicación y producto de ello brinda una orden impulsiva que genera lesiones en sus subordinados (ALIC culposo).

Mucho se ha discutido sobre el ALIC y su justificación jurídico-penal desde una teoría del delito respetuosa del principio de culpabilidad, he ahí que la justificación punitiva de la misma ha de tener una fundamentación de tal entidad que suponga una sanción penal.

En principio, en las situaciones del ALIC debemos distinguir estructuralmente dos momentos: la acción precedente o de provocación con la que el sujeto provoca su estado defectuoso, y la acción posterior o defectuosa, con la que afecta al bien jurídico[340] (*actio praecedens y actio posterior*). A partir de esto tenemos que desde la doctrina se han desarrollado diversos modelos para justificar dogmáticamente el ALIC. Por un lado, tenemos:

i) El modelo del tipo postula que el comportamiento típico comienza cuando el sujeto pierde la conciencia.

ii) Otro modelo es de la autoría mediata, en el cual el propio sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento a fin de cometer el delito.

iii) Finalmente, tenemos el modelo de excepción o de imputación extraordinaria, al cual nos adherimos, y que Hruscka ha trabajado de manera profusa, esto es, no fundamentar la sanción del ALIC (al igual que en la ignorancia deliberada) bajo los parámetros de una

339 Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general,* Instituto Pacífico, Lima, 2014, volumen I, p. 657.

340 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 383-384.

imputación ordinaria sino sobre la base del defecto de imputación autoprovocado por el autor por una actuación *ex ante* (al momento de imputación ordinaria) de este que es la infracción de una incumbencia sobre lo que pudo y debió hacer, o pudo y debió evitar.

Así pues, dado que nadie puede beneficiarse de la creación de su propia eximente, pues eximente provocada es igual a la ausencia de ésta. En este orden de ideas, dado que la justificación de criterios de imputación ordinaria es insuficiente para abordar el ALIC, en ese orden de ideas el modelo de imputación extraordinaria es el que de mejor manera satisface el fundamento para la sanción del ALIC.

c.9. Grave alteración de la percepción

Esta alteración de la percepción se refiere a todos los sentidos. Puede tener su origen en el nacimiento o incluso en la infancia. Hace que el individuo tenga una percepción parcial de la realidad.

Las alteraciones de la percepción deben entenderse por aquellos defectos físicos que impiden una adecuada representación sensorial de la realidad. Como defectos físicos pueden mencionarse, por ejemplo, el caso de los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos[341]. Asimismo, y bajo ciertos supuestos podemos incluir a los daltónicos.

Aquí nos encontramos en un criterio biológico que inicia de un defecto sensorial que puede tener su origen en el nacimiento o la infancia y que conlleva que el sujeto tenga una percepción equivocada de la realidad. En este caso de inimputabilidad, los sentidos del sujeto le ofrecen una realidad incompleta o que no se corresponde con aquella que nos es común a todos.

---

341 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 692.

c.10. Trastorno psíquico patológico

Comprende aquellos trastornos psíquicos que se deben a causas corporales orgánicas.

El "trastorno psíquico" abarca todo el ámbito de lo psíquico, es decir, el trastorno mental en el sentido estricto de la expresión solo como uno más entre otros.

Las dolencias congénitas pueden ser "trastornos psíquicos patológicos".

c.11. El trastorno profundo de la conciencia

Pertenecen a este grupo trastornos de conciencia debido a agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados poshipnóticos y, sobre todo, determinadas formas de estado pasional.

c.12. La imputabilidad disminuida: exigibilidad parcial

Disminución de la capacidad de autocontrolarse, es decir, que al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo el comportarse de acuerdo con la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal.

c.13. Minoría de edad

La evolución del tratamiento jurídico penal de los menores de edad muestra una progresiva restricción en la aplicación del derecho penal.

El criterio biológico entiende que en la minoría de edad se carece de capacidad suficiente como para distinguir entre lo justo y lo injusto.

El criterio intelectual se basa en la demostración del discernimiento del sujeto.

La minoría de edad constituye una causal de inimputabilidad, cuya importancia normativa supone una presunción *iure et de iure* que, en una dimensión biológica de la persona, por lo que bastará la sola constatación de que el sujeto no haya alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de su responsabilidad penal.

Este supuesto es una presunción de derecho o *iuris et de iure*, esto es, aquel que tenga menos de dieciocho años no tiene responsabilidad penal por el simple hecho que se presume que no actúa con completa capacidad de discernimiento. Se presume que al tener menos de dieciocho años el sujeto no actúa con libertad y, por ende, no puede tener responsabilidad penal. La determinación de este supuesto es meramente cronológica y se acredita dentro del proceso con la partida de nacimiento del sujeto o en caso no existiera con una pericia antropométrica que permite colegir la edad biológica del agente.

Ahora, si bien el menor de dieciocho años es un inimputable penal, por mandato legal, sin embargo, esto no es óbice para que aquel inimputable que tenga —al momento de cometer el injusto— entre catorce y dieciocho años tenga una responsabilidad *sui generis* de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes. En este caso se le considera al menor como un infractor de la ley penal o en conflicto con la ley penal.

Finalmente, en lo referente a la minoría de edad se ha afirmado que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Minoría de edad constituye una causa de inimputabilidad criminal, cuya importancia normativa supone una presunción legal *iure et de jure* que incide en la dimensión biológica de la persona, por lo que bastará la sola constatación de que el sujeto no ha alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de su responsabilidad penal.

(R. N. N.º 2920-99-Lima, de 29-10-1999. Sala Penal).

c.14. Exigibilidad

Basada en el deber que tienen los ciudadanos para la sociedad de desenvolverse en una manera adecuada a las normas impuestas.

c.15. Estado de necesidad exculpante

Se presenta cuando existe un conflicto entre bienes jurídicos equivalentes o cuando se afecta uno de mayor valor. Aquí entran los supuestos de vis compulsiva.

c.16. Miedo insuperable

El miedo afecta psíquicamente al autor le deja una opción o posibilidad de actuación. El miedo no es de origen patológico, debe ser producido por estímulos externos al agente.

Que sea insuperable significa que no debe dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar.

2. Conocimiento de la antijuridicidad

Uno de los elementos de la culpabilidad es el conocimiento de la antijuridicidad penal de la conducta, concretamente la *posibilidad* de su conocimiento. Es decir, que el autor será culpable cuando realizó el injusto penal teniendo la *posibilidad exigible* de conocer la criminalidad de su acción pudiéndose motivar en la norma. Lo que el autor debe haberse representado o al menos tener la posibilidad exigible de representarse es la *antijuridicidad penal* de su acción o sea que esta se encontraba penalmente prohibida[342].

342 Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Segunda parte, T. V *(Culpabilidad y causas de inculpabilidad).* Doctrina y Ley, Bogotá, 2013, pp. 969-970.

En efecto, y como se ha dicho, el conocimiento aquí exigible no debe entenderse como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídico-penales, pues queda claro que conocer toda la legislación penal resulta una exigencia de imposible cumplimiento. En este sentido, el conocimiento del orden jurídico-penal debe entenderse como una imputación del conocimiento de prohibiciones que están referidas a la preservación de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona en sociedad. De esta manera, podría decirse que no se trata de imputar el conocimiento de la legislación formal, sino de las normas penales por su contenido material. Así las cosas, al ciudadano socialmente integrado siempre se le puede imputar el conocimiento (material) de la normativa penal, pues el conocimiento de las reglas básicas de interacción es una condición para su integración en sociedad[343]. Por esta razón, es que se habla de *posibilidad* de conocimiento, esto es, no se requiere que el sujeto integrado en sociedad posea un conocimiento formal de todos los tipos penales sino se requiere que por su lugar en sociedad debió conocerlas en sentido material.

Así, la exigencia que se realiza al sujeto no es la de un eximio conocedor de leyes, sino la del conocimiento —como posible— desde la esfera de un profano.

a. Error de prohibición

El error de prohibición tiene lugar cuando no es posible imputar al autor el conocimiento de la normativa jurídico penal[344]. En estos casos, el autor no cuenta con un elemento esencial para dotar de sentido jurídico-penal a su actuación, pues solamente el que conoce el orden

343 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 640-641.

344 En el sentido de la posibilidad de conocimiento y del sentido material de la ley penal.

normativo puede tomar posición en relación a dicho orden[345]. En el error de prohibición se obra con la convicción de no contravenir el Derecho, porque se considera que la acción no está prohibida; no se trata de un error que incide sobre los elementos del tipo legal, sino de una errada apreciación del carácter injusto del acto realizado[346].

EJEMPLO

Puede pensarse en el caso de un extranjero —de Asia— que arriba al Perú y en el primer o segundo día de su estancia en el país incurre en un delito que en su país no era contemplado como tal. En este caso, la discusión versará aquí a si en el caso en concreto se pudo salir del error con la debida diligencia a fin de determinar la vencibilidad o invencibilidad del error.

En nuestra legislación el error de prohibición se encuentra contemplado en el artículo 14, segundo párrafo del CP, el mismo que dispone:

CÓDIGO PENAL

Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición

(...)

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.

b. Error de prohibición culturalmente condicionado

El artículo 15 del CP se contempla un supuesto específico de error de prohibición, es decir, el error por razones de la cultura o costumbres,

345 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 647.

346 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. V, p. 971.

denominado el error de comprensión culturalmente condicionado. A saber, dicha disposición a la letra señala:

CÓDIGO PENAL

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.
(...)

Sobre esta eximente se ha discutido en doctrina si en principio es necesaria la regulación expresa de esta o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto que podría reconducirse al error de prohibición genérico del artículo 14 del CP. Asimismo, se ha criticado la denominación de este supuesto como un "error cultural" lo que supondría que existe una cultura hegemónica dominante (la que impone las leyes y el derecho) la cual no yerra, mientras que, de otro lado, existe una cultura que por sus creencias yerra e incurre en error, lo que sería discriminatorio.

Ahora bien, claro está que el Perú es un país multicultural, esto es, dentro un mismo territorio, donde las leyes ejercen el imperio coexisten muchas culturas ajenas y lejanas a la cultura que domina y que impuso las leyes. Esto es una realidad clara e ineludible aquella cultura que ejerce su hegemonía es la que prevalece legalmente sobre el resto.

¿De esto se sigue que las otras culturas dentro del mismo territorio peruano se encuentran en error? Naturalmente no. A partir de muchos postulados antropológicos hoy se entiende que lejos de la existencia de una sola racionalidad —omniabarcante y totalizadora— se

sostiene la posibilidad de una pluralidad de racionalidades (ninguna superior a otra *per se*). Cada racionalidad es perfectible dentro de su universo cultural dentro un multiverso cultural. En efecto, ello es lo que sostiene la filosofía intercultural que rechaza todo dominio por la fuerza de la cultura imperante sobre la cultura dominada y para ello surge la necesidad del diálogo intercultural. Este diálogo supone considerar al *extraneus* cultural en un igual pero diferente, y entablar un diálogo con este a través de invariables antropológicos que sean comunes a toda cultura dentro de nuestro territorio.

Ciertamente, establecer un diálogo intercultural no es tarea sencilla pues un ciudadano que nació y vivió en Lima, Arequipa o Tumbes tiene muchas diferencias culturales con uno que pertenece a los denominados "no-contactados". Siendo que a los primeros claramente se les puede reprochar el cumplimiento de normatividad penal mientras que hacerlo con los segundos resultaría a todas luces arbitrario.

El reconocimiento del multiculturalismo y la aceptación de la otra cultura como igual a la dominante o hegemónica nace de una interpretación teleológica del artículo 149 de la Constitución Política del Estado que les reconoce jurisdicción a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. Así pues, el Derecho penal no puede cerrar los ojos ante dicha realidad he ahí la necesidad que se contemple una eximente específica para los *extraneus* culturales, aunque ciertamente denominar "error de comprensión" es poco feliz, y debería llamársele "comprensión distinta por razón de la cultura" que describe de mejor manera a esta eximente.

La diferencia de la eximente regulada en el artículo 15 del CP ("Comprensión distinta por razón de la cultura") con el del artículo 14 del CP (que regula el error de prohibición) es que en este último supuesto genérico para incurrir en error no hay necesidad de ser un *extraneus* cultural, pues puede incurrir en error aquel que pertenece a la cultura hegemónica o dominante y se rige por estos valores y

creencias pero que —por ejemplo, es un ciudadano europeo occidental que por ser turista— incurre en error sobre una conducta que en su país era una infracción administrativa pero en el nuestro es un delito; mientras que, por otro lado, a un "no contactado" —un *extraneus* cultural a la cultura dominante— no se le podría imponer el conocimiento de una normatividad de ciertos tipos penales pues es contrario a la cosmovisión arraigada en las creencias y valores por las cuales se ha regido desde siempre.

El error de prohibición ha sido materia de pronunciamiento en nuestros tribunales. En este sentido, por ejemplo, en el caso de un error de prohibición invencible, se ha afirmado que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. [Del] estudio integral de los autos, se observa que el procesado [...] afirmó que practicó el acto sexual a la menor agraviada luego de egresado del centro penitenciario donde se encontraba recluido, por haberle realizado a la misma similar actividad sexual y que ocasionó su reclusión, siendo que estas nuevas relaciones sexuales —como afirmó— las efectuó con el consentimiento de la víctima, debido a las relaciones entre ambos y a que habían procreado una niña; que dicha circunstancia constituye un error de prohibición invencible, pues el agente desconocía la comprensión del carácter antijurídico del acto sexual reiterativo con la misma víctima menor de edad, por lo que su conducta se encuadra en el supuesto que consagra el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal, deviniendo en aplicable la absolución del agente como se concluyó en la recurrida.

(R. N. N.° 4616-2008-Ucayali, de 15-01-2010, Sala Penal Transitoria)

En otro momento, también se señala que existe error de prohibición invencible en un caso en el cual el imputado tenía una relación de convivencia con una menor agraviada dentro de una comunidad campesina. A saber:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. Que, respecto al absuelto [...], su conducta se encuentra dentro del marco legal del artículo catorce segundo párrafo del Código Penal, toda vez que el mismo, tenía una relación de convivencia con la menor agraviada, pues ambos vivían en la casa de los padres del acusado, habiendo contado con el consentimiento y permiso de la madre de la agraviada, más aún si fue él mismo quien denunció ante la Junta Vecinal del Caserío San Juan de Cojín la desaparición de su conviviente; que desconocía que mantener relaciones sexuales con una menor con su voluntad era delito, pues así se acostumbra en su comunidad; por lo que en este caso se da la figura del "error de prohibición", que determina que la persona actúa con la creencia que su conducta era lícita, debiendo tenerse en cuenta además el grado de cultura del acusado —quien tenía primaria completa y se dedicaba a la agricultura—, y sus costumbres, pues los hechos se dieron en el Caserío San Juan de Cojín, distrito de Llama, provincia de Chota; por lo que el extremo absolutorio se encuentra arreglado a ley.

(R. N. N.° 271-2008-Cajamarca, de 15-09-2008. Sala Penal Permanente)

También es interesante el caso de un dirigente comunal que usurpa una función pública. Aquí se señaló que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. [Si] bien está acreditado que el encausado [...] usurpó una función pública [mantuvo detenido a JBH y autorizó un acuerdo entre sus coencausados RSF y JFGR y JBH con relación a una denuncia por hurto de semovientes de aquellos contra este, es decir, asumiendo una función pública que no le correspondía en un Centro Poblado] —y vulneró el bien jurídico protegido en el artículo 361 del Código Penal—, se aprecia de autos que, en razón del contexto sociocultural en que desarrolló su conducta y, esencialmente, de las calidades personales del encausado y de su rol social como dirigente comunal, obró con evidente error respecto a la antijuricidad de la misma —de los límites de sus facultades, legalmente establecidas como Jefe de Comité de Autodefensa—; que, siendo así, se está ante un supuesto de error de prohibición previsto en el artículo 14 del Código Penal, cuya invencibilidad o inevitabilidad conduce a la exención de la responsabilidad penal.

(R. N. N.° 3618-2006-Lambayeque de 23-08-2007, Sala Penal Permanente)

En otro pronunciamiento se ha manifestado que se descarta el error de prohibición invencible si el imputado conocía que poseer un arma de fuego implicaba necesariamente contar con la licencia correspondiente:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El error de prohibición contemplado en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal, constituye el reverso de la conciencia de antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria al derecho, o que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente; en el supuesto de autos, aparece que el encausado [...] sí habría tenido conocimiento que su conducta era contraria al Derecho [portar un arma sin licencia], puesto que en su instructiva [...] refirió que no pudo hacer los trámites para obtener la licencia del arma por ser esta un arma "vieja", lo que estaría revelando que sí conocía que poseer un arma de fuego implicaba necesariamente contar con la licencia correspondiente para portarla, y por ende el no hacerlo constituía una infracción penal.

(R. N. N.º 2721-99-Junín, de 04-10-1999, Dictamen Fiscal. Sala Penal)

Así también, se ha señalado que se descarta el error de prohibición invencible cuando está al alcance del imputado las disposiciones penales en conflicto. En este sentido se dijo que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. Respecto al delito de secuestro, [...] el agraviado fue privado de su libertad al margen de la aceptabilidad del Derecho consuetudinario —no medió un sistema razonable de impartición de justicia ronderil ante la ausencia de las mínimas formas de enjuiciamiento (señaladamente del derecho de defensa) ni concreción de una norma consuetudinaria que regule el conflicto en cuestión—, por lo que no es de recibo en este caso el ejercicio del fuero especial comunal-ronderil; que la absoluta arbitrariedad del poder fáctico que se usó impide reconocer tal práctica como la materialización de un derecho fundamental colectivo y afirmar que su proyección

sobre el sujeto pasivo fue compatible con el respeto a sus derechos fundamentales más esenciales. Quinto. [...] [Solo] cabe entender, ante el descarte de la justificación penal, que medió un claro supuesto de error de prohibición por diversidad cultural, pues se actuó en la creencia errónea que se estaba autorizado para realizar tal privación de libertad: alcance de la norma permisiva —artículo 14 *in fine* del Código Penal—; que tal error, sin embargo, no fue invencible, pues estaba a su alcance, lo que es relevante por el modo como se actuó, el conocimiento de las disposiciones penales en conflicto [...].

(R. N. N.º 2416-2009-San Martín, de 23-03-2010. Sala Penal Permanente)

Es importante señalar que nuestra jurisprudencia ha desarrollado también el supuesto de error de prohibición vencible, esto es, el supuesto en el cual era posible salir del error. A saber:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. El Tribunal Superior condenó al encausado [...] como autor del delito de violación sexual concurriendo un error de prohibición vencible, con el fundamento jurídico de que actuó convencido por ser enamorado de la menor y el consentimiento hacía permisible el yacimiento carnal; [sin embargo,] el citado encausado en su manifestación policial [...], al preguntársele si tenía conocimiento que mantener relaciones sexuales con una menor de catorce años de edad constituía delito [el cual se realizaba de forma clandestina], respondió que sí; que, en este sentido, es de precisar que el conocimiento de la antijuridicidad es incompatible con el error de prohibición aplicado en la sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que la invencibilidad de dicho error radica en la imposibilidad del agente de poder evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho declarado probado.

(R. N. N.º 2077-2009-Madre de Dios, de 20-08-2010. Sala Penal Permanente)

En otro pronunciamiento, sobre el mismo tema, se ha dicho que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Quinto. El segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal regula el error de prohibición, esto es, determinar si el agente tuvo en el momento de actuar la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento, asimismo, diferencia el error de prohibición invencible cuando el agente no puede evitarlo, del error de prohibición vencible cuando este sí es evitable, y por ello mantiene la punibilidad atenuada como delito doloso; debiendo precisarse que la vencibilidad a la que se hace referencia significa "que el sujeto no ha hecho todo lo necesario para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho (...)". [...] ***Sétimo.*** [No] obstante que el error al que se hace referencia surge cuando el sujeto tiene una falsa representación de la realidad o no entiende de manera correcta su significado social o jurídico, tal posibilidad no exime a un ciudadano con instrucción mínima y edad suficiente de su deber de informarse en el momento de actuar o cuando tenga duda que su acto está permitido o no, en este contexto, aun cuando el procesado argumenta que desconocía que tener relaciones sexuales con una menor de catorce años era delito, tanto más si en el lugar donde residía habían personas que convivían con menores, dicha situación no lo excusaba de cerciorarse sobre la licitud de su conducta, pues por sus condiciones personales, con segundo año de educación secundaria [...], hacen colegir que el encausado debía haberse informado sobre la licitud de su conducta; a este respecto, debe hacerse mención de los criterios para determinar la vencibilidad del error, entre ellos, [...] la posibilidad de poder "acudir a algún medio idóneo de información", "el tiempo que disponga para la decisión, reflexión" y "la capacidad intelectual" [...], presupuestos que en el caso del encausado también se advierten, consecuentemente, a pesar de haberse acreditado la comisión del delito comprendido en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, podemos inferir que el imputado ha incurrido en un error de prohibición vencible, no obstante ello, el legislador ha establecido en el segundo párrafo del artículo 14 [...], la obligatoriedad de la atenuación de la pena, justificándose en que el agente, debido a la buena fe con la que ha actuado [tiene una relación convivencial con la agraviada, habiendo incluso pedido su mano en matrimonio y con el expreso consentimiento de sus padres], es menos culpable que quien obra conscientemente contra el Derecho.

(R. N. N.º 4426-2007-Junín, de 25-03-2008. Segunda Sala Penal Transitoria)

Asimismo, el error de prohibición culturalmente condicionado también ha tenido tratamiento jurisprudencial, por ejemplo, en un momento se ha dicho que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El artículo 15 del Código Penal, se prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud a su cultura y costumbres; dicho error se configura mediante el desconocimiento del inculpado de la ilicitud de su conducta, es decir, con la ignorancia de que su comportamiento resulta injustificable; siendo que dicho actuar es manifiestamente típico, antijurídico pero no culpable, pues el autor desconocía de la antijuridicidad de sus hechos, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad, no configurándose en cierta forma el delito imputado.

(R. N. N.º 1037-2004-Amazonas, de 01-07-2004. Sala Penal)

En otro pronunciamiento se ha señalado que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. A efectos de resolver la situación jurídica del procesado, se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad del Cuzco, en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos no ha utilizado violencia alguna sobre la agraviada por lo que su conducta se adecua a la figura del error de prohibición culturalmente condicionado.

(R. N. N.º 755-2004-Cusco, de 17-06-2004. Sala Penal Transitoria)

En otro sentido se ha señalado de qué manera se debe acreditar el error de prohibición culturalmente condicionado. Así pues, se dijo:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Octavo. Que en cuanto al eximente de responsabilidad que arguye, relacionado al error de comprensión culturalmente condicionado, cabe precisar que aquella eximente no fue aprobada en autos, es decir, no existe un peritaje o documento antropológico que corrobore tal posición, y aun cuando presentó diversas declaraciones juradas, en las que pobladores de la zona sostienen que el inicio de la vida sexual en la comunidad donde ocurrieron los hechos, es antes de los catorce años, ninguno de los suscribientes fue ofrecido como testigo al plenario, por tanto no pueden ser tomados como medio de prueba aquellos documentos privados, pues por sí solos no tienen la fuerza acreditativa suficiente como para eximirlo de responsabilidad penal.

(R. N. N.º 2279-2011-Cajamarca, de 11-11-2011. Sala Penal Transitoria)

3. Exigibilidad de otra conducta

La culpabilidad presupone la posibilidad de autodeterminarse conforme a Derecho. Esta es factible en la medida en que el autor tuvo *posibilidad* de actuar controlando las fuerzas condicionantes de su comportamiento; a mayor grado de control o de posibles conductas la responsabilidad será más intensa, en tanto más reducido sea el margen de autodeterminación y posibles conductas, menor deberá ser el grado de culpabilidad, hasta llegar a excluirse. Pero tal y como ocurre con el conocimiento de la ilicitud de la conducta, con relación a la autodeterminación, es suficiente con que el autor haya contado con la *posibilidad de motivarse en las normas que regulan el deber o la prohibición* y no obstante no utilizó o ejerció esa posibilidad que le era exigible[347]. Así las cosas, la norma penal no solo debe determinarse de forma clara, precisa y exacta, sino que también a su vez, debe dirigirse de forma racional, de no imponer la realización de conductas que ya de por sí resulten contrarias a la idea del hombre, con su deseo

347 Gómez López, *Tratado de derecho penal,* cit., Segunda parte, T. V, p. 1068,

de pervivencia en la sociedad. Como expresa Rudolphi, el recurso a la pena como medio de prevención general y especial solo se muestra proporcionado si presupone que el autor y los ciudadanos en general son sujetos racionales, capaces de autodeterminación, y no objetos que pueden ser adiestrados a placer[348].

En resumen, solo se podrá considerar que una persona es culpable, sí y solo sí el Derecho le puede exigir razonablemente un comportamiento distinto. La inexigibilidad parte de la idea de que en el caso concreto pueden presentarse ciertas situaciones excepcionales que levanten la obligatoriedad del Derecho, ya que el cumplimiento de lo legalmente dispuesto significa una afectación a aspectos existenciales del autor. Esta situación especial hace que no resulte razonable reprochar al autor haber actuado en el caso concreto en contra de la norma penal[349].

En este sentido, los supuestos de inexigibilidad de otra conducta son los siguientes: el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable.

a. El estado de necesidad exculpante

El estado de necesidad exculpante (también denominado como estado de necesidad disculpante) tiene como contexto situacional un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona. Esta amenaza debe darse en una situación tal que no existe más alternativa que la realización de un hecho antijurídico para evitar su concreción en una lesión. Si quien realiza el hecho antijurídico para alejar el peligro es el propio afectado o una persona estrechamente vinculada con el afectado, entonces las circunstancias

348 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 902.

349 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 655.

excepcionales producirán un efecto exculpatorio[350]. Aquí el decaimiento de pena, se produce por la notoria reducción del ámbito de determinación del sujeto en el caso concreto. El hecho se mantiene inalterable en su carácter antijurídico, pero al no ser reprochable la conducta al autor, la impunidad se convierte en un imperativo categórico, tanto por cuestiones de necesidad y merecimiento de pena[351]. En principio opera sobre bienes e intereses de igual rango prelativo, a diferencia del estado de necesidad justificante, que se aplica ante un conflicto de bienes de rango jerárquico diferenciado, sacrificándose al de menor valor —siendo la razón el interés preponderante—, aquel se constituye en una regla de validez general; *contrario sensu*, la eximente del estado de necesidad disculpante o exculpante es un juicio al hecho individualmente considerado, que declara impune a su autor, pero concilian en una orientación común: "conflicto de bienes jurídicos"[352].

El estado de necesidad exculpante se encuentra regulado en el artículo 20 inciso 5 del CP, el mismo que a la letra dispone:

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstan-

350 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 656.

351 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 916.

352 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, pp. 916-917.

> cias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;
> (...)

De la lectura de esta disposición podemos colegir algunos requisitos. En principio, debe existir un *peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad.* Esta es la principal diferencia con el estado de necesidad justificante, es decir, solo estaremos en un estado de necesidad exculpante cuando esté en peligro cualquiera de los tres bienes jurídicos señalados de manera precedente. Estos bienes jurídicos son personalísimos. El segundo requisito es que sea *no evitable de otro modo*, esto es, el estado de necesidad exculpante requiere además que no haya otro modo lícito o menos lesivo para alejar el peligro que amenaza los bienes jurídicos personalísimos.

Un tercer requisito es que la conducta sólo puede ser realizada en salvaguarda de bienes jurídicos propios o de una persona con quien se tiene una estrecha vinculación. Así pues, por estrecha vinculación deben entenderse a los familiares cercanos. Asimismo, también podría caber los convivientes o la estrecha amistad. Finalmente, un cuarto requisito es el de los deberes especiales de tolerancia, es decir, el propio Código Penal establece que no procede la exención si al agente pudo exigirle que aceptase o soportara el peligro en atención a las circunstancias.

El texto punitivo señala, a modo de ejemplo, la causación por uno mismo del peligro y los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Como puede verse, se trata de una cláusula general abierta que le permite al juez incluir supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro por razones de organización (creación del peligro) o por competencias institucionales (posiciones especiales). Otras situaciones que las circunstancias

obliguen a soportar los peligros serían, por ejemplo, las posiciones de garantía y la desproporción del daño causado (por ejemplo, matar para preservar la integridad física)[353].

Nuestra jurisprudencia también ha desarrollado el contenido de esta eximente del estado de necesidad exculpante en diversos pronunciamientos. Por ejemplo, en un caso sobre cohecho activo genérico se ha dejado sentado lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. El tipo penal que se le atribuye al encausado [cohecho activo genérico] no exige como verbo típico coactar, ni que exista un *pacto sceleris* o acuerdo entre las partes, sino que se satisface anticipadamente con una conducta destinada a corromper a un funcionario o servidor público (sea con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase) para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones [...]; [...] en rigor, [el encausado] solo objeta la sentencia por no tomar en cuenta que obró inmerso en la eximente de responsabilidad penal referida al estado de necesidad (exculpante); que dicho alegato debe desestimarse, no solo porque la mencionada circunstancia únicamente es aplicable ante peligros graves, actuales y no evitables de otro modo (menos lesivo que realizar una conducta antijurídica), sino que expresamente se limita a los supuestos en que colisiona la preservación de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad (propios o de personas con las que se tiene estrecha vinculación) en desmedro de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad ajenos.

(R. N. N.º 3750-2006-Ayacucho, de 14-02-2008. Sala Penal Permanente)

En otro momento se ha señalado también que:

353 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 661.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Está exento de responsabilidad penal quien realiza actos de colaboración con el terrorismo mediando la vis complulsiva, es decir, cuando su voluntad no pudo determinarse libremente porque estuvo constreñida ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente en contra de su integridad física y/o la de sus familiares.

(Exp. N.º 1853-99-Lima, de 09-07-1999. Sala Penal)

b. La obediencia debida

Esta eximente de responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 20, inciso 9 del CP, el mismo que a la letra refiere:

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

(...)

La obediencia debida se refiere al acatamiento de órdenes en el marco de ciertas relaciones de subordinación. En la doctrina se señala que la obediencia debida presupone tres relaciones. Una primera que vincula al superior jerárquico (funcionario público) con el ordenamiento jurídico y que es, precisamente, la que le faculta a emitir órdenes en el ejercicio de sus funciones. Una segunda relación que se traza entre el superior y su subordinado, a quien le dirige la orden en mérito a la autoridad que le reconoce el ordenamiento jurídico. Y la tercera relación que se da entre el subordinado que ejecuta la orden y el titu-

lar de los intereses lesionados con dicha ejecución[354]. En estos casos a aquel que cumple la orden se le exime de responsabilidad, empero aquel quien brinda la orden sí tiene responsabilidad en calidad de autor mediato. Estos supuestos están pensados para aquellas situaciones en las cuales existen estructuras jerárquicas dentro del Estado.

EJEMPLO

La Policía Nacional del Perú o Las Fuerzas Armadas. En efecto, dentro de estructuras marciales se observa con claridad que las órdenes del superior son seguidas sin deliberar ni reflexionar sobre ellas. En estos casos el subordinado se encuentra "automatizado" y cumple las órdenes del superior pues el no hacerlo supondría represalias contra su integridad.

En efecto, pese a que la doctrina mayoritaria considere este supuesto como causa de justificación (dentro de la faz negativa de la antijuridicidad) somos de la posición que este es un supuesto de inexigibilidad de otra conducta por cuanto el subordinado se encuentra imposibilitado a actuar de otra manera por la "automatización" en su actuar que ha generado su formación marcial. Sin embargo, no cualquier orden ni bajo cualquier situación se puede alegar obediencia debida.

EJEMPLO

Un suboficial que por órdenes del Comisario detiene a una persona con una resolución del INDECOPI no puede alegar obediencia debida por cuanto la orden brindada por el superior es a todas luces ilícita.

354 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., pp. 354-355.

Así pues, tenemos que la orden debe revestir apariencia formal de legalidad o, en su caso, que el subordinado se encuentre impedido por la situación concreta de incumplirla.

EJEMPLO

En un enfrentamiento bélico el soldado no puede incumplir la orden del Capitán de bombardear determinado lugar pues como se ha referido se encuentra automatizado a cumplir dicha orden dado que lo contrario supondría que fuera sometido a vejámenes que afecten su integridad o vida. Así pues, bajo esta situación de guerra es imposible a un soldado ser libre de actuar de otra manera.

En lo concerniente a la **obediencia jerárquica o debida** se ha señalado que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. El alcalde al prestar su declaración instructiva [...], señaló que la culminación del vínculo laboral del agraviado TCA, se debió exclusivamente a una difícil recesión económica que atravesaba la Municipalidad [...], no siendo la única persona que fue cesada, y que fue acorde al cumplimiento de sus funciones conforme al memorando que le fue cursado, que contenía el Acuerdo de Sesión Ordinaria de Concejo [...], por lo que su accionar se ciñó al cumplimiento de sus funciones. [...] ***Sétimo.*** [En] ese orden de ideas, [...] el imputado [...] accionó en ejercicio de sus funciones, por lo que, opera la causa de justificación previsto en el artículo 20, inciso 9, del Código Penal [...].

(R. N. N.º 2998-2012-Pasco, de 28-01-2014. Sala Penal Permanente)

En otro momento se afirmó, en lo tocante a los presupuestos de la obediencia jerárquica se señaló que:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sétimo. Para que se configure [la exclusión de responsabilidad por obediencia jerárquica], deben concurrir copulativamente los siguientes presupuestos: (i) una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico [...]; (ii) la competencia del superior jerárquico, en tanto en cuanto la obediencia no puede extenderse sobre la ejecución de actos que no estén dentro de la esfera de competencia legal del superior jerárquico y, en ese contexto, la orden no puede emanar de un funcionario o servidor público visiblemente incompetente —sin atribuciones— [...]; (iii) la orden debe estar revestida de formalidad legal y no puede tener un contenido irregular que implique la probable realización de un hecho punible; que, en ese sentido, solo la orden legítima puede justificar la conducta del agente, por lo que no se podrá invocar la ausencia de responsabilidad cuando se actúe cumpliendo un mandato que suponga una notoria infracción por la ejecución de actos que constituyan delitos —las ordenes así emitidas no son obligatorias para el inferior o subalterno—.

(R. N. N.° 447-2010-Santa, de 28-03-2011. Sala Penal Transitoria)

c. Miedo insuperable

El miedo insuperable es una causal de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20 inciso 7 del CP.

CÓDIGO PENAL

Artículo 20.- Causas que excluyen la acción, causas de atipicidad, causas de justificación y causas de exculpación

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

(...)

Del análisis de esta eximente tenemos que el primer requisito del miedo insuperable es la existencia de un mal igual o mayor. Un mal

es una situación de pérdida que produce aflicción en quien lo padece. La redacción del Código Penal pone el requisito del "mal" como un dato objetivo, de manera tal que, si el mal es solamente aparente o imaginario, no se podrá sostener esta causal de excepción de responsabilidad. Esta eximente hace referencia a que el mal debe ser igual o mayor pero no se precisa respecto de que, así, se debe entender que son los males que amenazan a la persona compelida por el miedo insuperable y los que debe causar para superar dicha situación[355]. Ahora, miedo no ha de entenderse como "terror", lo decisivo será, pues, el carácter insuperable o no de dicho temor. Será insuperable en sentido estricto, cuando no pueda superar su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica. La entidad del miedo debe ser tal que "el común de los hombres" no lo hubiese resistido[356].

De lo dicho se sigue que cualquier miedo que sea insuperable para el sujeto en particular (por alguna patología o fobia) puede ser considerada como eximente, pues los requisitos legales se fundamentan en un criterio objetivo del "miedo" y del "mal". El carácter insuperable del miedo se determina a partir de lo que se exige percibir y no a partir de lo que siente o percibe. En caso contrario, no tendría sentido que se exija que el mal que se evita sea mayor o igual (al que se causa)[357].

Así, tenemos ejemplos de miedo insuperable aquel que actúa bajo coacción, por un terremoto, una estampida o una bomba.

---

355 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* cit., pp. 713-714.

356 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general,* 10ª ed., cit., p. 625.

357 Meini, *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito,* cit., pp. 354-355.

El miedo insuperable también ha sido materia de evaluación en nuestros tribunales. Por ejemplo, en un caso de colaboración al terrorismo se dijo que:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Cuarto. Que el miedo es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas, que podría originar un caso de inimputabilidad; que esta condición "... aun afectando psíquicamente al autor, le deja una opción o posibilidad de actuación, no siendo el miedo de origen patológico, debe ser producido por estímulos externos al agente..." [...]. Son requisitos que configuran dicha eximente: a) que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece —lo que se patentiza en el presente caso, pues el acusado fue amenazado de muerte por sujetos identificados como miembros de la organización terrorista "Sendero Luminoso"—; b) que debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, entendiéndose como tal lo que se pueda esperar de cualquier persona en el caso específico frente a una situación de miedo —en el caso que se analiza, el acusado tenía motivos suficientes para temer, teniendo en cuenta que terroristas lo habían amenazado con causarle la muerte a su persona o a sus familiares y que, además, el lugar donde se produjo tal hecho estaba considerado como "zona de emergencia"—, c) que debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez este ofrezca una amenaza de igual o mayor entidad a la que se le ocasiona al autor bajo el estado de miedo —aspecto que se videncia en el hecho que el acusado temía por su vida o la de sus familiares, que resulta ser un bien jurídico prevalente—.

(R. N. N.° 2649-2012-Lima, de 21-01-2013. Sala Penal Transitoria)

En un caso similar, también sobre terrorismo, se utilizó el supuesto de miedo insuperable. A saber:



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. El miedo debe ser insuperable [...], es decir, no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Son requisitos que configuran dicha eximente: a) que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, lo que se acredita en el hecho de que el acusado [...] fue amenazado por varios sujetos, identificándose como miembros de Sendero Luminoso premunidos de armas de fuego; b) debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio, siendo que en el caso sub examine, el acusado tenía motivos suficientes para temer por cuanto sus atacantes eran subversivos encapuchados que pertenecían a Sendero Luminoso, tanto más si el lugar donde se produjo el hecho había sufrido los embates de la indicada agrupación terrorista, no siendo argumento suficiente por parte del recurrente que en el lugar de los hechos también se encontraban personal policial y del Ejército; y c) debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza de igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo, aspecto que se evidencia en el hecho que el acusado [...] temía por su vida, que resulta ser un bien jurídico prevalente.

(R. N. N.º 1055-2014-Lima, de 13-10-2015. Sala Penal Permanente)

En otro momento se reitera los requisitos del miedo insuperable, en este sentido:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del medio de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, b) debe ser insuperable, y c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

(R. N. N.º 1866-98-Sicuani-Cusco, de 17-06-1998. Sala Penal)

JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA CON ESTE CAPÍTULO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. Determinación de la pena: circunstancias a tomar en cuenta. Las exigencias que determinan la aplicación de la pena, no se agotan en el principio de culpabilidad, por lo que al imponer la pena se debe tener en cuenta las condiciones personales del encausado; así también, se deberá atender al principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, conforme lo sustenta el artículo VIII del Título Preliminar del código sustantivo.

(R. N. N.º 1175-2005)



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. Determinación de la pena: culpabilidad del sujeto como garantía de límite superior. Ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

(Exp. N.º 0012-2006-PI/TC)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

3. Responsabilidad objetiva: proscripción. El Código Penal vigente, en el numeral VII de su Título Preliminar, ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado; de modo que, para imponer una sanción se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa).

(Baca Cabrera / Saquicuray Sánchez / Sánchez Espinoza. Exp. N.º 607-98).

SEGUNDA PARTE

CASOS PRÁCTICOS

de algunos temas
desarrollados en este libro

I. ACCIÓN

1. Primer caso

Juanita conducía un vehículo por la carretera. De pronto, en un tramo, deslumbrada por la intensidad de la luz del sol, no pudo ver lo que tenía delante, a consecuencia de lo cual atropelló a Pedro, que circulaba en bicicleta por la calle, en la misma dirección, por el carril para automóviles. Pedro falleció a consecuencia del golpe con el asfalto. ¿Existe responsabilidad penal de Juanita?

Solución

En primer lugar, es preciso determinar si realiza una acción humana. En este sentido, es claro que conducir un vehículo requiere realizar una acción, es decir, desplegar un movimiento corporal por parte de un ser humano como tal. No se trata de un simple proceso fisiológico, sino en cuanto proceso comprensible por cualquiera, como la adopción de reglas de comportamiento, como algo que tiene su origen en un ser humano en cuanto ser libre. En este caso, Juanita puede conducir o dejar de conducir, puede conducir aquí o allí, por la izquierda o por la derecha. Entonces es posible afirmar que el proceso es susceptible de autocontrol: Juanita tiene alternativas en su actuación. Estamos por tanto ante una acción humana, una conducta.

Ahora bien, es posible que, ante una potente luz del sol, una persona deje de cerrar los párpados, pues estos *se cierran* ante un estímulo de esa naturaleza. Esta acción (cerrar los párpados) constituye un proceso natural algo meramente instintivo, un proceso en el que Juanita

carece de alternativas, un proceso que no puede controlar, a pesar de que después, voluntariamente, desee abrir los párpados. Sobre esta base, puede afirmarse que cerrar los ojos ante una fuente de luz como la del sol es un proceso que no posee el carácter de acción humana. Sin embargo, no es esto lo único que en el caso se describe, pues Juanita sigue conduciendo.

Hay que diferenciar lo siguiente: a) cerrar los ojos, o no ver por la cegadora luz del sol, no puede atribuirse como acción humana; pero como esto, desde el punto de vista del Derecho penal, es irrelevante, atípico, no es necesario analizar más detenidamente; b) pero proseguir la marcha, aun sabiendo que no ve, sí constituye acción humana, y además de acción, puede presentar después relevancia típica, puede estar prohibida por el Derecho penal. De esto sí puede decirse que constituye una acción humana.

En definitiva, Juanita sí realiza una acción humana en lo que a conducir el vehículo se refiere, siendo posible establecer responsabilidad penal mediante la constatación, en su caso, de las restantes categorías de la teoría del delito. Pero en todo caso, lo relevante es que se trata de una acción en el sentido del Derecho penal y debe ser analizada bajo las restantes categorías o presupuestos de la imputación a fin de establecer una posible significación penal de la conducta llevada a cabo por Juanita.

2. Segundo caso

Tito va conduciendo su automóvil por una calle con una pendiente elevada y con el pavimento mojado. De pronto, al intentar frenar, el mecanismo del vehículo no le responde. El vehículo no puede ser detenido con el freno, por lo que realiza una maniobra de emergencia, a consecuencia de la cual resulta muerta una persona. El peritaje practicado al vehículo demuestra que el fallo mecánico se debió a una pérdida imprevisible del líquido de frenos. ¿Cuáles son los alcances de la responsabilidad penal de Tito?

Solución

Es posible que Tito intentó frenar, pero sin éxito, porque se vio impulsado por la fuerza de la inercia del vehículo sin lograr oponerse a ella. La resistencia que un sujeto humano puede oponer a la fuerza de la inercia de un vehículo que rueda por una calle en pendiente, con pavimento mojado, puede ser suficiente si se trata de detener la marcha mediante los dispositivos de freno de un vehículo convencional en buen estado. En caso contrario, la fuerza no sería resistible. En el caso planteado, Tito se ve aparentemente impulsado por una fuerza no resistible, pero no es así: este impulso no constituye una causa suficiente para poder negar la presencia de conducta humana. En efecto, Tito se ve impelido por la fuerza, pero esta no suprime la posibilidad de conducirse como persona, pues cabe todavía interponer acciones externas: no es una fuerza irresistible; puede decirse que Tito intentó frenar y efectuó una maniobra de emergencia, que son conductas humanas. Tampoco podemos decir que obró en situación de movimiento reflejo, pues existe un mínimo de activación de la conciencia, lo cual le permite maniobrar y evitar la colisión frontal. En definitiva, estamos ante una conducta humana.

Con su conducta de intentar frenar y maniobrar ha desencadenado finalmente la muerte de un peatón. Ahora, ¿es posible atribuir esta muerte a la conducta de Tito? Para que ello sea así, debemos analizar si el resultado puede ser objetivamente imputable a la conducta de Tito: en primer lugar, existe causalidad entre su maniobra y el resultado de muerte, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, ya que, si se suprime mentalmente esta maniobra, el coche seguía su curso adecuado y nadie resultaría atropellado. Pero esto no es suficiente: dicha conducta debe generar un riesgo típicamente relevante de homicidio (artículos 106-108 CP), entre otros riesgos, pues dirigir un vehículo a considerable velocidad contra una persona viva constituye un peligro elevado de muerte; es necesario además que dicho riesgo

se realice en el resultado, pues los hechos no nos dicen nada sobre si fue la propia víctima quien se arrojó a las ruedas del vehículo.

Sin embargo, habría que preguntarse si existe un factor ajeno que afecta al curso del riesgo y cuál es este factor. La respuesta salta a la vista: la falta de líquido de frenos. Si se tratara de una conducta de tercero (por ejemplo, el mecánico que había realizado la revisión del coche, que no se percató de la posible pérdida; o del enemigo de Tito, que quebró los conductos del líquido de frenos) las cosas cambiarían, pues podría atribuirse a dichos sujetos la pérdida de líquido de frenos, y con ello estaríamos ante elementos que excluirían la imputación objetiva.

Además, hay que analizar si el resultado de muerte, objetivamente imputable, puede también imputarse subjetivamente. Así, cabe distinguir si la conducta de maniobrar por parte de Tito es dolosa, pues cualquier conductor sabe lo que sucede al girar el volante; hay que preguntarse por el dolo (conocimiento) respecto a girar repentinamente y su consecuencia para un peatón. Podría entenderse que al girar repentinamente desconoce la presencia de una persona en ese lugar, en cuyo caso apreciaríamos un error de tipo. Puede tratarse de un error de carácter vencible (artículo 14, primer párrafo del CP), porque cualquier conductor, con las reglas adquiridas para la conducción (mirar de forma "cuidadosa" antes de girar o de cambiar de carril), debe percatarse de la presencia de un peatón en su trayectoria. Ello conduce a la aplicación del tipo de homicidio culposo (artículo 111 CP). El resultado de muerte es imputable, por tanto, subjetivamente como culpa.

La conclusión es que Tito debe responder por un homicidio imprudente (artículo 111 CP), cuya pena se rebajaría en virtud de la eximente incompleta de miedo insuperable (artículo 20, inciso 7, CP). Esto no evitaría que el condenado afronte la responsabilidad civil por

daño derivado. Como se ve, el efecto de la inercia sobre el conductor no hace desaparecer todas las posibilidades de autocontrol, por lo que se puede hablar de una conducta humana. Otros factores presentes en el caso (miedo, tensión, error, etc.) pueden ser analizados en otras categorías (imprudencia, culpabilidad). Ahora, cuando se produce el hecho, el sujeto carece del mínimo de autocontrol que permitiría hablar de una conducta humana, por lo que no es posible la imputación del proceso como conducta. Mas, en algunos casos, es posible la imputación de lo sucedido: se trata de una *actio libera in causa*.

II. TIPO

1. Primer caso

Pedro, que padece una esquizofrenia paranoide caracterizada por un delirio de celos y persecución, agredió a su esposa Perla con un cuchillo de cocina y le asesta treinta y cinco puñaladas en diversas partes del cuerpo, que originaron otras tantas heridas punzantes que le afectaron el tórax, abdomen, miembro superior derecho y miembro inferior izquierdo; una de ellas afectó el corazón, siendo sus heridas potencialmente mortales. José se presentó a la Policía contando los hechos y Perla fue internada en el hospital, donde se procedió a suturar y hemostasiar las heridas, así como a la trasfusión indovenosa de suero y sangre. Carlos se acercó a la habitación, donde Perla, en estado de inconsciencia, estaba acompañada de su hermana, buscando la tarjeta que acreditaba que Perla, como Testigo de Jehová que era, no quería se le hiciesen trasfusiones de sangre. Mientras la hermana de Perla fue a buscar a la enfermera, Carlos le quitó el catéter, presionando con la mano el brazo para evitar la hemorragia. A consecuencia de lo relatado, Perla fallece aquella misma tarde por el shock hipovolémico que estaba controlado por la transfusión de sangre que recibía. ¿Cómo se aplica la responsabilidad penal en este caso?

Solución

En ninguno de los tres intervinientes (Pedro, José y Carlos) cabe hablar de causas de ausencia de conducta humana. Los tres llevan a cabo conductas humanas y externas. No concurre ningún factor que pueda excluir la conducta humana. Ni siquiera en el caso de Pedro, que al

asestar las puñaladas a Perla en una situación de arrebato cabe hablar de que desaparezca la acción, debido a que se mantiene un mínimo de libertad, es decir, Pedro tenía una alternativa a su actuación.

Analicemos el caso de Pedro, que al asestar 35 puñaladas interpone un factor causal de la muerte de Perla y por ello cabe analizar la imputación objetiva en el tipo penal de dicha conducta. No está tan claro si el resultado de muerte sea objetivamente imputable a esta conducta. Mediante la fórmula de la *conditio sine qua non*, Pedro aporta un factor causal con sus puñaladas, pues suprimidas estas mentalmente no se hubiese desencadenado el resultado de muerte. Su conducta crea diversos riesgos típicamente relevantes (muerte, lesiones, daños, etc.); sin embargo, de estos riesgos, el más grave no se realiza en el resultado porque se interpone un factor distinto y ajeno, que es la conducta comisiva de Carlos al desconectar el catéter. Esta conducta es causal, igualmente por la fórmula de la *conditio sine qua non*, y crea a su vez un riesgo típicamente relevante de muerte, que sí se realiza en el resultado.

Cabe afirmar que la conducta de Pedro constituye una tentativa de homicidio (artículos 106 y 16 CP); y la de Carlos un homicidio consumado (artículo 108 CP). Junto a este riesgo, cabe entender que las puñaladas de Pedro constituyen también riesgos relevantes a efectos de otros tipos (malos tratos, lesiones, etc.), pero todos ellos quedan absorbidos (mediante el llamado concurso aparente de normas o de leyes) por la tentativa de homicidio.

En la conducta llevada a cabo por Pedro, cabe apreciar la presencia de dolo ya que, en virtud de las reglas de experiencia que cualquier persona ha adquirido mediante el cotidiano proceso de aprendizaje (casi todo el mundo alguna vez se corta con un cuchillo), se percibe la eficacia lesiva de un cuchillo de cocina empleado repetidamente con incisiones en una persona viva. No se puede hablar de un error bajo ningún motivo: ni por ausencia de reglas de experiencia, ni por falta

de actualización, ni por defecto de cálculo. Queda por preguntarse, empero, si la presencia de un trastorno paranoico con delirios por celos excluye el dolo. Es posible que, suponiendo que la enfermedad de Pedro le llevara a tener representaciones defectuosas de la realidad, pueda hablarse de una situación de error, aunque esta circunstancia podría servir para afirmarlo ya que precisamente por los celos Pedro inflige varias incisiones a Perla.

El comportamiento de Pedro es doloso. Lo mismo puede afirmarse de la conducta de Carlos, porque este conoce el carácter terapéutico de la transfusión de sangre y su eficacia curativa, pero siendo miembro de los Testigos de Jehová, al desconectarla, está aplicando un riesgo del que se representa su concreta peligrosidad: tiene reglas de experiencia adquiridas que le permiten anticipar la consecuencia (muerte) de su conducta (desconectar el catéter).

En cuanto a la conducta de la hermana de Carlos, que salió de la habitación, cabría entender que es de carácter omisivo. Sin embargo, no es fácil afirmar la presencia de una estructura de comisión por omisión que permita imputar el resultado de muerte por no haberlo evitado. Hay pocos datos en el caso para considerar que se hallaba en posición de garante: podría ser por la asunción voluntaria de las tareas de cuidado de su hermana, pero no hay datos suficientes; el parentesco no es suficiente para fundamentar un riesgo prohibido, pues no parece que existan deberes legales de garantía en favor de hermanos (artículo 13 CP). Pero, aunque así fuera, sabemos que eso no basta para la comisión por omisión; para hacerla posible, exigimos interpretar la posición de garante como compromiso específico de actuar a modo de barrera de contención de riesgos —como postula Silva Sánchez—; y es esto lo que puede faltar en este caso: bien podía suceder que estuviera solo en una visita, o simplemente que, estando allí para velar por su hermana enferma, no haya asumido el evitar riesgos como el de la conducta de

Carlos. Aunque se afirme la existencia de un compromiso de evitar riesgos, necesario para la comisión por omisión, podría defenderse la existencia de un error.

Por último, en cuanto a la conducta de José no cabe afirmar que este no ha interpuesto ningún factor causal determinante del resultado lesivo, pese a que podría constituir una acción humana. Al contrario, aunque no existen datos acerca de la relación de parentesco que podría haber entre José y Perla, podría señalarse que aquel actuó en cumplimiento de su deber de denunciar un hecho punible (principio de solidaridad).

2. Segundo caso

A las siete de la noche del 21 de agosto, Juana ingresó a un edificio con la intención de ir a buscar a un amigo en el segundo piso, momento en que se encuentra con Carla en el ascensor, quien le dijo que no lo utilizara; Juana insiste en subir y Carla persiste en su actitud. Ambas forcejean y debido a la superioridad física de Carla, Juana le rocía con el líquido de una botella que llevaba en las manos, que había adquirido en una droguería, mojándole la cara, cuello, cuero cabelludo y ambos pabellones auriculares. En vez de limpiarse de inmediato y solicitar auxilio, Carla sigue ocupándose de sus actividades con el líquido encima. Poco después de ocurridos los hechos, Juana llamó a la Policía para dar cuenta de lo sucedido. Al llegar la Policía, Juana les relata lo sucedido y señala a Carla, quien se negó en principio a ser conducida a un centro médico, pero cuando finalmente es conducida e ingresada, a las nueve de la noche, en el hospital se le apreciaron quemaduras de tercer grado, ocasionadas por sustancia cáustica, en cuello, tórax, cara y ambos pabellones auriculares, siendo ingresada desde el 21 al 28 de agosto y sometida a una primera intervención quirúrgica días después. En los análisis que se realizan del líquido con que se le roció no se pudo comprobar su composición química, solo que se trataba de un desengrasante para la cocina que se disuelve con agua y que no produce quemaduras si la piel en contacto con él se lava inmediatamente con agua. ¿Existe responsabilidad penal de Juana?

Solución

1. Juana lleva a cabo una conducta humana de carácter externo, pues no son meros pensamientos ni operaciones fisiológicas. No puede entenderse que una persona humana en el curso de una discusión, por muy acalorada que esta sea, se vea impulsada a actuar violentamente.

Juana obra conforme a pautas o reglas de comportamiento: es decir, su conducta es interpretable por otros sujetos como parte de la interrelación social. En efecto, mantener una discusión con una persona exige necesariamente guiarse por pautas o reglas de comportamiento (expectativas de conducta), pues discutir exige aportar expresiones en la conversación tendentes a negar o rechazar las afirmaciones del adversario. Así, quien discute, debe conocer lo que se le dice, tener alternativas a su actuar, aportar algo para oponerse. Es decir, nadie puede discutir movido por una fuerza irresistible. En cuanto a la secuencia de los hechos consistente en arrojar parte del contenido de la botella sobre Carla, hay que decir igualmente que este acto se comprende como ejercicio y desarrollo de pautas o reglas de conducta: para acabar venciendo a su adversario, no con palabras sino con hechos (al parecer, darle un escarmiento). En conclusión, Juana lleva a cabo una conducta humana externa y regida por reglas de comportamiento.

2. Comprobemos ahora si esa conducta realiza algún tipo penal. ¿Cabe imputar las quemaduras a la conducta de Juana?, ¿es posible imputar algo más? Para ello, debemos analizar los elementos de la llamada imputación objetiva: en primer lugar, si existe causalidad entre el arrojar el líquido y el efecto de las quemaduras. Según la fórmula de la *conditio sine qua non*, suprimido mentalmente el lanzamiento del líquido, desaparece el resultado de las quemaduras. En consecuencia, puede afirmarse la causalidad de su conducta respecto al resultado lesivo producido.

Pero con esto no basta: debemos comprobar si dicha conducta genera además un riesgo (penal) típicamente relevante y de qué clase. Pues bien, no puede descartarse que arrojar un líquido de uso doméstico como desengrasante constituya un riesgo de lesiones, pues su uso como tal incluye una potencialidad corrosiva —y por tanto lesiva— que es precisamente la propiedad de ese líquido y la razón por la que se comercializa (por ejemplo, en lejías). Que se adopten ciertas medidas

precautorias en el comercio de tales sustancias no hace sino probar este carácter potencialmente lesivo (riesgoso). Es posible que se trate de un riesgo de homicidio (artículos 106-111 CP), y también de lesiones. Arrojar un líquido cuyo uso es de limpieza, encierra riesgos de lesionar, aunque sea levemente si perdura la acción del líquido.

Lo que destacamos es que nos encontramos con el dato de que la propia víctima contribuyó a las quemaduras de una manera relevante —imputación a la víctima—. Esto porque al no acudir a lavarse, permitió que la potencialidad corrosiva del líquido pasara a ser actual y dañino, afectando a la piel. Su contribución constituye una aportación omisiva de un riesgo (doloso o imprudente). Hay que plantearse si dicho riesgo llega a interrumpir la relación de imputación objetiva, al no estar contenido o ser expresión del comportamiento desplegado por Juana. Es decir, aunque Juana sea un factor causal de las quemaduras, su conducta despliega un riesgo que es fácilmente neutralizable (basta con lavarse). Es la propia víctima quien aportó un factor de riesgo al no suprimir la eficacia del riesgo inicial. ¿Debe correr entonces la propia víctima con las consecuencias de su omisión (*poena naturalis*)? Que la víctima, además de ser causal de las lesiones, haya creado un riesgo para su propia salud no significa que se interrumpa la relación de imputación objetiva del resultado a la conducta de Juana. Se trata de un riesgo para la propia salud creado de forma imprudente por la víctima. Sin embargo, no se excluye la imputación objetiva del resultado, pues toda persona debe responder (principio de autorresponsabilidad) por las consecuencias lesivas de su conducta, aun cuando su actuación se haya basado en una mera cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento) del curso real de los acontecimientos posteriores a la acción desplegada.3. En cuanto a la imputación subjetiva, podemos decir que la producción de las lesiones ha sido abarcada por el dolo del agente. Llegamos a esta conclusión al apreciar que, si Juana venía de la calle tras comprar en una droguería un líquido de eficacia corrosiva de uso doméstico, conocía qué clase de líquido era. Hay que precisar que

no es necesario conocer la concreta composición química, pero sí que tenía en sus manos un líquido con capacidad corrosiva: no es preciso saber que la lejía se basa en ácido clorhídrico, pero sí que líquidos de esta clase son "desengrasantes" y tienen un efecto nocivo para la salud. Además, conoce el concreto curso de riesgo que se encierra en la conducta de arrojarlo a una persona pues, como cualquier persona, conoce que el líquido corrosivo "quema" la ropa, el suelo, la piel, etc. Podemos deducir que ella lo conoce, porque si emplea dicho líquido en la limpieza, pone cuidado por su parte para no mancharse, etc. Esto por lo que se refiere a las lesiones.

Juana debe responder por un delito de lesiones (artículo 121 CP). Esta solución no le liberaría del deber de afrontar la responsabilidad civil por los daños derivados de su conducta.

III. ANTIJURIDICIDAD

1. Primer caso

Siendo las 20 horas del día 16 de mayo de 2001, Juan Miguel junto con su amigo José Ignacio acudieron hasta la discoteca Utopía y encontrándose en la barra el acusado Aurelio, se dirigieron a éste y agarrándole del cuello lo sacaron de forma agresiva y violenta fuera de la discoteca. Una vez en el exterior tuvo lugar un altercado, en el que Aurelio saca una navaja del chaleco y extiende su brazo blandiendo el arma, pero sin intención de matar a José Ignacio ni de dirigirla a ningún sitio concreto; únicamente tiene la intención de defenderse. Pero después de realizado este acto, el polo que llevaba José Ignacio aparece agujereado por la navaja utilizada por Aurelio. El mismo Aurelio sufre una herida a la altura de la ceja izquierda producto de la agresión de José Ignacio. Sin embargo, este último sufre una herida mortal en la región occipital (parte trasera de la cabeza), al caer desplomado, luego que Aurelio le clavara su navaja, falleciendo a consecuencia de esa caída. Cabe resaltar que un día antes de que ocurrieran los hechos, Aurelio había sido objeto de amenazas de muerte, tanto verbales como por escrito, por parte de Juan Miguel; incluso había llegado a amenazar a Aurelio con una navaja. Ahora, en el momento de clavarle la navaja a José Ignacio, Aurelio estaba siendo agredido por este y su amigo Juan Miguel, y asestó la puñalada con el único fin de repeler y evitar que la agresión continuase, con la única voluntad de defenderse. ¿El uso de la navaja por Aurelio era necesario y adecuado para repeler o impedir los golpes que estaba recibiendo?

Solución

Partiendo de que estos hechos son como se describe, cabe afirmar lo siguiente: existe un acto humano, pues el altercado (sacar un arma, rechazar los golpes) pone de manifiesto que Aurelio tenía algunas alternativas, que evidencian autocontrol. A pesar que durante el altercado no pudiera huir, porque se hallaba rodeado, o agarrado por los agresores, no quita que tuviera alternativas a su actuar. Existe el mínimo de opciones que permite hablar de una conducta humana.

Veamos si la conducta de Aurelio es además típica. En concreto, hay que preguntarse si el navajazo constituye el tipo de "homicidio". Que el navajazo es causal de la muerte puede determinarse mediante la supresión mental de tal factor (*conditio sine qua non*). Pero, hay que analizar si es típico: asestar un navajazo contra una persona viva despliega varios riesgos: homicidio (matarla) y lesiones (menoscabar su salud). Entre estos riesgos, nos vamos a centrar ahora en el de homicidio, cuya sanción, por ser mucho más grave, absorbería la de las otras infracciones. Que un navajazo sea mortal puede argumentarse si se tiene en cuenta la potencialidad lesiva de un cuchillo al atravesar partes vitales (en el tórax, pues se agujereó la camiseta), y riesgos como estos son los que la norma del homicidio (artículo 106 CP) pretende prevenir. Dicho riesgo se realiza en el resultado, por cuanto a la herida sigue la producción de un resultado sin que otros factores de riesgo se hubieran interpuesto. Por tanto, el riesgo de matar se realizó en el resultado, por lo que podemos concluir afirmando que la conducta despliega un riesgo propio del tipo de homicidio (artículo 106 CP). Esto, de momento, y a reservas de considerar después si concurre además el tipo de una causa de justificación.

Analicemos a continuación si se puede imputar subjetivamente. Aurelio es consciente de que lleva una navaja, de que la saca, la abre, la exhibe ante sus agresores. Que hubiera sacado él su propia arma permite afirmar que sabe que lleva un arma blanca. Pero más rele-

vante es constatar que la saca y la abre en presencia de los agresores, conociendo esto, la dirige contra uno de ellos: si sabe que una navaja es instrumento punzante y cortante, que la acaba de abrir y la lleva en la mano, y que la dirige contra una persona viva, a la que atraviesa, conoce el riesgo propio del delito de homicidio. Luego se realiza el tipo subjetivo del homicidio.

Se presentan problemas en cuanto a la concurrencia o no de una norma facultativa que dé lugar a aplicar el tipo de una causa de justificación. En efecto, Aurelio está siendo agredido, y es durante la agresión, y para repeler esta, cuando hace uso del arma. El ordenamiento prohíbe matar, pero no a costa de perder la propia vida frente a un agresor injusto. Los agresores han forzado a Aurelio, le han sacado a la fuerza, le rodean y golpean. Todo ello crea una situación de peligro para su propia vida, además de su integridad física, que le ponen en posición beneficiosa desde el punto de vista de la tutela que dispensa el ordenamiento para los bienes jurídicos: queda en casos extremos facultado el defenderse, aunque para eso sea preciso dar muerte al agresor. Como ante una agresión dolosa grave e idónea, las facultades de obrar son amplias, son también estrictos los requisitos exigidos. En concreto, el ordenamiento prevé que se dé una situación de agresión ilegítima previa: en este caso, se da, por los numerosos golpes de los agresores. Se trata además de una agresión dolosa, por parte de ellos contra Aurelio, como parece obvio; no se trata de una riña mutuamente aceptada, sino de una agresión unilateral de varios contra uno; además, es mientras dura esta agresión múltiple cuando Aurelio decide poner fin a la situación. Es decir, la agresión es grave, dolosa e idónea para lesionar o incluso matar, y además actual. Se cumple el primer requisito propio de una defensa legítima (*agresión ilegítima*). Ante dicha situación, el ordenamiento considera que debe ser necesario defenderse: y esta necesidad de defenderse existe también por cuanto no hay deber de tolerar una agresión de esas características,

sino que hay facultad de repelerla. Además, repeler una agresión así, haciendo uso de la navaja, parece ser necesario en términos concretos, por cuanto se presenta como un medio racionalmente requerido por la particular situación en la que se halla: múltiples agresiones, provenientes de una pluralidad de agresores, con amenazas de muerte previas. Se da, por tanto, el segundo requisito para que la defensa sea legítima (*necesidad racional del medio empleado*).

Además, en tercer lugar, no tiene Aurelio un deber de tolerar aquello, porque no es él quien ha provocado previamente la situación, sino que fue él la víctima de un traslado forzoso fuera del local, seguido de varias agresiones, por lo que concurre el requisito final para hacer legítima una defensa (*falta de provocación suficiente*). En conclusión, se dan los elementos para la legítima defensa (artículo 20, inciso 3 CP): se cumplen los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

Pero es necesario además constatar que se da el tipo subjetivo: es preciso conocer lo que el tipo objetivo contiene. Y en este caso, el tipo describe una situación de agresión ilegítima previa, cosa que Aurelio percibía sin error alguno por su parte. Además, ha de representarse que actúa frente a la agresión y mientras esta dure, cosa que sí conoce, pues saca el arma, la abre, la exhibe y la usa, como ya quedó argumentado más arriba. Todo lo cual abona la existencia del conocimiento requerido para una causa de justificación como la de legítima defensa. Se cumple, por tanto, el tipo subjetivo del tipo de la causa de justificación denominada "legítima defensa". Luego, si la conducta queda amparada por una causa de justificación, la de legítima defensa (artículo 20, inciso 3, CP), no es finalmente antijurídica. El tipo objetivo y subjetivo de homicidio, inicialmente argumentado, se ve después justificado por la presencia de esta causa de justificación. Siendo esto así, no procede preguntarse por la culpabilidad ni punibilidad de Aurelio.

2. Segundo caso

En el marco de una discusión entre Gonzalo y Fernando, el primero hizo ademán de coger algo del suelo dirigiéndose a Fernando. Creyendo este último que iba a ser atacado, le propinó un fuerte golpe con la mano, sin otra intención, derribándole al suelo. Resultó que el pavimento en el que cayó Gonzalo era de cemento, rompiéndose la cabeza y produciéndose graves traumatismos craneales que le produjeron la muerte. Analizar la conducta de Fernando.

Solución

La existencia de una discusión y el que Gonzalo se agachara hacia el suelo ponen de manifiesto la existencia de una conducta humana, y no de un mero acto del hombre. Fernando lleva a cabo una conducta humana.

Para analizar la tipicidad de la conducta de Fernando, es preciso distinguir lo que se refiere a una norma prohibitiva (la del homicidio, lesiones, etc.), y la de una norma facultativa (legítima defensa, etc.). En cuanto a la posible norma prohibitiva, y los tipos comisivos respectivos, cabe afirmar que el empujón a Gonzalo es causal de la muerte, pues suprimido mentalmente hay motivos para dudar seriamente de la producción del resultado de muerte. Pero un empujón de una persona que no se percibe como desvalida, débil o vulnerable, no parece que constituya un riesgo de muerte. De lo contrario, los múltiples empujones que se reciben en el deporte, transportes, etc., deberían contemplarse como homicidas, cosa que no sucede. No parece que el empujón cree un riesgo de muerte de los que el tipo de homicidio pretende evitar. Dicho con otras palabras: el precepto que castiga el homicidio no viene a prevenir toda muerte incluso proveniente de terceros, sino aquellas que creen un riesgo de cierta relevancia. Pero tampoco se trata de un riesgo inocuo, sino relevante a efectos de otros tipos (el de lesiones, por ejemplo). En efecto, empujar y derriba a alguien puede causarle al menos alguna lesión, que el tipo respectivo (artículo 121 CP) pretende prevenir. Y dicho riesgo (em-

pujón) sí se realiza en el resultado (lesión en la cabeza), por lo que cabe afirmar la faceta objetiva del tipo de lesiones (artículo 121 CP). En el lado objetivo, cabe imputar esas lesiones a título de dolo, porque Fernando es consciente, según se nos dice en los hechos, de que empuja a Gonzalo, precisamente cuando este se agacha. Concurre el conocimiento del riesgo suficiente para que podamos hablar de lesiones dolosas, a reservas de lo que se pueda decir sobre las eventuales causas de justificación.

En cuanto a la posibilidad de que concurra una norma facultativa (causa de justificación), puede afirmarse lo siguiente: Fernando ha lesionado, y lesionado con dolo, pero su conducta, a efectos del análisis de la tipicidad no queda completa si no se tiene en cuenta además el de un tipo de una causa de justificación. En este caso, el movimiento de Gonzalo da pie a Fernando a rechazarle, por lo que podemos tratar de una posible legítima defensa. En su faceta objetiva, el tipo de esta causa de justificación exige la presencia de una agresión ilegítima. Parece que motivos tenía Fernando para creerlo así, para creerse agredido, debido a la discusión previa. Pero dicha agresión fue imaginada y no real, por lo que reacciona representándose la agresión previa, reacciona creyendo que sus golpes son constitutivos, no de unas lesiones, malos tratos o cualquier infracción, sino de una "defensa". Se ve así que Fernando yerra sobre los elementos fácticos (agresión ilegítima, en este caso) que darían lugar a una causa de justificación de legítima defensa.

Dicho error es una divergencia entre su representación de la situación *ex ante*, y la realidad *ex post* de esa situación, y da como resultado que lo subjetivo queda por debajo de lo objetivo: en efecto, no se representa lo que realmente estaba sucediendo, que Gonzalo se agachaba quizá porque se sentaba, o porque se iba a atar los zapatos, o por lo que fuera, todo menos que lo fuera a agredirle. Esto es, Fernando no se representa el *carácter agresor* de su conduc-

ta, sino que se la representa como una conducta *de defensa*. Dicha situación da lugar a un error sobre un elemento del tipo de una causa de justificación (la existencia de una agresión ilegítima), por lo que dará lugar a lo propio de un error sobre dichos elementos. En concreto, se trataría como un error de tipo (del tipo de una causa de justificación), y dará lugar al régimen de dichos errores. Así, si el error es vencible (cosa que habrá de decidirse en función de lo que cualquier persona en su situación, y lo que él, con los antecedentes que tenía, se hubiera representado). De tratarse de un error que se considera vencible, y al estar prevista la modalidad culposa de las lesiones (artículo 124 CP), sería posible la sanción de la conducta de Fernando como lesiones culposas o imprudentes. En conclusión, las lesiones causadas por Fernando constituyen delito de lesiones consumadas imprudentes.

IV. CULPABILIDAD

1. Primer caso

Mario y otro individuo, llamado Alcides, el día 11 de abril de 1996, siendo las 14.50 horas, entraron en la Farmacia Basa de la Avenida Aviación N.º 1124 de San Borja, y después de mostrar un cuchillo de grandes dimensiones, obligaron a Bertha y Enrique a pasar a otro ambiente, y a la farmacéutica Gisella a entregarles 50.000 nuevos soles que había en la caja. Con el dinero en su poder se dieron a la fuga en un automóvil. Pero a las 18.30 horas de ese día fueron detenidos en Pueblo Libre por una patrulla policial, la cual intervino en el interior del vehículo dos gorras y gafas de sol, prendas que portaban los autores de los hechos relatados. De las dos personas que ingresaron a la farmacia sólo se ha identificado a Mario, que además presenta un trastorno antisocial de la personalidad y una dependencia de larga duración a sustancias tóxicas, principalmente a la heroína, por lo que nos preguntaremos si esta situación afecta a la culpabilidad.

Solución

No hay ningún indicio para dudar de la existencia de una conducta humana en las secuencias siguientes: el entrar en la farmacia, pero

sobre todo el hacer que otras personas sigan las órdenes que se les van dando (pasar a otro ambiente, entregar el dinero). Esto último sólo es posible si se entiende como actos humanos que siguen pautas de conducta, esto es, cuando son susceptibles de autocontrol. Hay conducta humana en ambos sujetos. Nos preguntamos ahora si el exigir que las empleadas de la farmacia pasen a la rebotica contra su voluntad y que la farmacéutica les haga entrega del dinero colma la tipicidad de un delito. Nos referimos a las coacciones y al robo agravado.

El dolo exigido para ambos delitos dependerá de si el sujeto agente se representa el riesgo de su propia conducta. En este caso, todo indica que una persona adulta en nuestro país se representa el mal que con un cuchillo se puede realizar contra otra persona. Además, es difícil ignorar que entran en un establecimiento y que aprovechan la superioridad de fuerzas creada en ese contexto para exigir conductas ajenas, una de ellas la entrega del dinero, y otra el permanecer en un lugar. Todo indica, por tanto, que los dos agentes se representan el riesgo de su conducta para condicionar conductas ajenas: en consecuencia, su conducta es además subjetivamente típica.

No hay ningún dato para dudar de la antijuricidad de su conducta. Distinto es por lo que se refiere a la culpabilidad de los sujetos. Ahora sí surgen problemas que parecen hacer dudar de la imputación del hecho a esos sujetos como culpables. En concreto, nos referimos a la imputación del hecho típicamente antijurídico de amenazas y robo a Mario como culpable (del otro sujeto no se supo más, por lo que ahora prescindimos de referirnos a él). Para que un sujeto sea responsable (culpable) de un hecho antijurídico se precisa que sea *imputable*, *conozca la norma* y le sea *exigible* obrar conforme a esta.

La imputabilidad es la condición de un sujeto que le hace capaz de acceder a las normas de conducta, la capacidad de comprender que algo es ilícito y de obrar conforme a esa comprensión. La capacidad

de guiarse mediante normas, el ser libres, es lo que posibilita que las personas sean culpables. En este caso, pueden surgir dudas respecto a este primer requisito –y no respecto de los otros dos–, de los que por tanto ahora no se tratará.

Se nos dice en el caso que Mario presenta un trastorno antisocial de la personalidad y una dependencia de larga duración a sustancias tóxicas, principalmente a la heroína. Un trastorno, o una adicción a sustancias psicotrópicas, no constituye por sí mismo un factor que haga desaparecer la imputabilidad. Ésta requiere la capacidad de comprender las normas y de obrar conforme a esa comprensión; luego se precisa que la adicción o el trastorno produzcan el efecto de incomprensión de las normas o de imposibilidad de obrar conforme a esta (artículo 20, inciso 1, CP). Esta capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de obrar conforme a esa comprensión puede desaparecer en algunos sujetos (y en algunos casos), pero puede también verse simplemente disminuida (artículo 20, inciso 1, CP). Desaparecería la imputabilidad si el sujeto desconoce absolutamente la ilicitud o es absolutamente incapaz de, aun conociéndola, obrar conforme a las normas y abstenerse de realizar la conducta. No parece que en este caso dicha conciencia de la ilicitud se vea afectada hasta el punto de que desaparezca por completo, sino que más bien estamos ante un caso de disminución, o de capacidad reducida. Hay indicios para pensar que Mario no carece de esa conciencia de la ilicitud que la imputabilidad exige, pero tampoco parece fácil afirmar que al Derecho le resulte indiferente su trastorno antisocial, unido a la larga dependencia de drogas. A pesar de que sería oportuno contar con más datos sobre los concretos efectos de ese trastorno y de la dependencia (que los hechos probados no nos facilitan), consideramos defendible una reducción de la imputabilidad. De forma que, aun siendo culpable de su hecho, se haría merecedor de una penalidad reducida respecto a lo que correspondería a un agente totalmente

culpable. No hay elementos que afecten a la punibilidad de la conducta de Mario.

En definitiva, Mario es culpable de una conducta típicamente antijurídica de coacciones y robo agravado, en concurso real. Sin embargo, por padecer un trastorno de la personalidad, unido a una dependencia de las drogas, disminuye su culpabilidad respecto a dichas conductas. Esta disminución se debe tener en cuenta en el Código Penal mediante la disminución a que puede dar lugar una eximente incompleta (artículo 20, inciso 1, CP).

Los casos de ausencia de culpabilidad por falta de conocimiento de la norma, o por falta de la posibilidad de obrar conforme a ella, suelen referirse a supuestos de enfermedades psíquicas, intoxicaciones, etc. Pero lo determinante no es la enfermedad en sí, sino su efecto en la libertad: que la patología o la intoxicación den lugar a desconocer la norma (que produzca desconocimiento del sentido normativo, del valor, de la conducta) o que hagan imposible obrar conforme a la norma (cuando se conoce el sentido normativo, pero el agente no es capaz de actuar conforme a él). Dichos efectos pueden darse aun sin padecer el agente una enfermedad, sino también por intoxicación o por otros factores del entorno.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", en *Revista Penal*, N.º 16, Madrid, 2005.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Grijley, Lima, 2004.

ANARTE BORRALLO, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002.

BACA CABRERA, Denyse / ROJAS VARGAS, Fidel / NEIRA HUAMÁN, Marlene, *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. III, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1996.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios del derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Hammurabi; Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, presentación y notas de Percy García Cavero, Ara, Lima, 2004.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema.* Depalma, Buenos Aires, 1973.

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Edición Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio, "El contenido del tipo del injusto", en *Temas de derecho penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1993.

BERDUGO, Ignacio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.

BERGMAN, Paul, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995 (trad. del inglés: *Trial Advocacy in a Nutshell*, West Publishing, St. Paul [Minnesota], 1989).

BLANCO SUÁREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; ROJAS CORRAL, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000.

BURTON, William, *Hacia un pensamiento eficaz*, Troquel, Buenos Aires, 1965.

BUSCH, Richard, *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, 3.ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / LARRAURI PIJOÁN, Elena, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas,* T. I (*Derecho penal. Parte general*), Ara, Lima, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Imputación objetiva y dogmática penal.* Universidad de los Andes, Mérida (Venezuela), 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en *El derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera,* T. I, Ara, Lima, 2006.

CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.

CASTILLO DEL PINO, Carlos, *Introducción a la psiquiatría*, 2 tomos, Alianza Universidad, Madrid, 1980.

CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

CODÓN, José María e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica, penal y civil*, 2 tomos, Aldecoa, Burgos, 1968.

COLLE, Raymond, "La dimensión fáctica del discurso y su evaluación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, N.º 10, Santiago de Chile, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Relación entre causalidad e imputación objetiva. Repercusiones procesales y materiales de la 'sustitución' de la causalidad por la imputación objetiva", en *El derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera,* T. I, Ara, Lima, 2006.

COUSIÑO MAC IVER. Luis, *Derecho penal chileno*, T. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, Ara, Lima, 2010.

ENGISCH, Karl. "Die Normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Festschrift für Edmund Menge*, 1954.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en derecho penal*, Grijley/Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002.

FEIJOO, Bernardo. "Mejor no saber... más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en derecho penal", en *Discusiones*, Vol. 13, N.º 2, Barcelona, 2013.

FEIJOO, Bernardo. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", en *InDret Penal*, N.º 3, Barcelona, 2015.

FERNÁNDEZ, Luis. *Aproximaciones al concepto de Willful Blindness y su tratamiento en criminal law.* Universitat de Barcelona, Barcelona, 2018.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2 vols., 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1995.

FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/ de la Gándara Vallejo/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995

FRISCH, Wolfgang / JAKOBS, Günther / KÖHLER, Michael / ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura/Ara, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú", en *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005.

García Cavero, Percy, "La prohibición de regreso en el derecho penal", en Silva Sánchez / García Cavero / Caro Coria / Meini Méndez / Pastor / Parma / Reaño Peschiera, *Estudios de derecho penal*, Ara, Lima, 2005.

García Cavero, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008.

García Cavero, Percy, "La teoría del delito en el nuevo proceso penal", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 100, junio, Lima, 2009

García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Jurista, Lima, 2012

García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general.* 3.ª ed., Ideas Solución Editorial, Lima, 2019.

García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique, "¿Qué es la imputación objetiva?", en *Estudios Penales y Criminológicos X*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1987.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Gimbernat, Enrique. "Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en Eser, Albin; Enrique Gimbernat y Walter Perron (editores), *Justificación y exculpación en derecho penal.* Universidad Complutense de Madrid / Centro de Estudios Judiciales / Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993.

Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Segunda parte, T. III (*La tipicidad*). Doctrina y Ley, Bogotá, 2005.

Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Segunda parte, T. IV (*Antijuridicidad y causa de justificación*). Doctrina y Ley, Bogotá, 2011.

Gómez López, Jesús. *Tratado de derecho penal.* Segunda parte, T. V (*Culpabilidad y causas de inculpabilidad*). Doctrina y Ley, Bogotá, 2013.

Gracia Martín, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima, 2005.

Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción del alemán por Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

Hassemer, Winfried / Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

Hirsch, Hans Joachim, "Peligro y peligrosidad", en *ADPCP*. T. XLIX, Fasc. II, Madrid, 1996.

Hirsch, Hans Joachim, "Acerca de la teoría de la imputación objetiva", en *Nueva Doctrina Penal* 1998/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Hormazábal Malarée, Hernán, "Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado", en *Derecho penal y criminología*, Vol. XI, Núm. 39, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989.

Hormazábal Malarée, Hernán, "Imputación objetiva y principio de lesividad", en *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos.*

Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torio López, Comares, Granada, 1999.

HRUSCKA, Joachim. *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln. Rechtstheorie* 22. Munich, 1991.

HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi, Navarra, 2005.

HUERGO, María. *Reflexiones en torno de la doctrina del willful blindness y su posible recepción en Argentina.* CIIDPE, Buenos Aires, 2010.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2005.

HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial. Política criminal y sanciones penales*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., DeGruyter, Berlin/New York, 1991.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de CancioMeliá y Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. del alemán de Joaquín Cuello Contreras, y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal,* Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, "La imputación objetiva", en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997.

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 JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Cancio Meliá/ Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. "La prohibición de regreso en los delitos de resultado", en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Gunther, "El concepto jurídico-penal de acción" (trad. Cancio Meliá), en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º 1, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Palestra, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Grijley, Lima, 2001.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther, "La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma" (trad. Sánchez Vera y Gómez-Jara Díez), en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara, Lima, 2007.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4.ª edición, Editorial Comares, Granada, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Ts. I, III y V, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

KANT, Inmanuel. *La metafísica de las costumbres.* Tecnos, Madrid, 2005.

KAUFMANN, Armin, "¿'Atribución objetiva' en el delito doloso?", en *ADPCP*, T. XXXVIII, Fasc. III, set.-dic., Madrid, 1985.

KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Rodríguez Molinero (de la 4ª edición alemana, 1979), Barcelona, 1994.

LARRAURI PIJOAN, Elena, "Introducción a la imputación objetiva", en *Nuevo Foro Penal*, N.º 46, Bogotá, 1989.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

LISZT, Frank von, *La idea del fin en el derecho penal*, Temis, Bogotá, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

López Díaz, Claudia, *Acciones a propio riesgo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

López Peregrin, M. Carmen, *La complicidad en el delito,* Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

Luzón Peña, Diego. *Curso de derecho penal. Parte general I,* Editorial Universitas, Madrid, 1996.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1999.

Maiwald, Manfred, *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del derecho penal*, trad. de Marcelo Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Manrique, María. "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", en *Isonomía* N.º 40, Córdoba, 2014.

Mantilla Pineda, Benigno, *Filosofía del derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

Maraver Gómez, Mario. "Riesgo permitido por legitimación histórica", en Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Márquez, Álvaro E. "La coautoría: concepto y requisitos en la dogmática penal", en *Revista Diálogos de Saberes*, N.º 26, 2007.

Martínez Escamilla, Margarita, *Imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

Martos Núñez, Juan. "Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 1, Sevilla, 1991.

Mauet, Thomas A., *Trial Techniques*, 5ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2000.

MAURACH, Reinhard / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, T. I, traducción de la 7ª ed. Alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MEDINA FRISANCHO, Luis, "La imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 14, Lima, 2010.

MEINI, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal.* Palestra, Lima, 2008.

MEINI, Iván. *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tecfoto, Barcelona, 1998.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método,* 2.ª ed., reimpr., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

MIR PUIG, Santiago. "Sociedad, norma y persona en Jakobs", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.º 2, enero-marzo, Bogotá, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal.* INEF, Buenos Aires, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

MÜSSIG, Bernd, "Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara, Lima, 2007.

PARMA, Carlos, *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte* general, 3.ª ed., Grijley, Lima, 1999.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal. Parte general.* T. I, IDEMSA, Lima, 2011.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo sistema de derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Grijley, Lima, 1998.

PEÑARANDA RAMOS, E.; C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, "Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal", en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona, 2005.

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

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2015.

POLAINO ORTS, Miguel. "Imputación objetiva: esencia y significado", en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal y política criminal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019.

PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, Comares, Granada, 2001.

PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado en derecho penal*, Ara, Lima, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, "Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal", en *Discusiones*, Vol. 13, N.º 2, Barcelona, 2013.

RAMÍREZ MORALES, María. *La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión desde el principio de unidad del*

título de imputación. Universidad de Guanajuato, Guanajuato (México), 2019.

Rebolledo Latorre, Lorena. "La ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas", en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N.º 61, Santiago de Chile, 2014.

Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

Reyes Alvarado, Yesid. "El concepto de imputación objetiva", en *Derecho penal contemporáneo*, N.º 1, Bogotá, 2002.

Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, 6ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1989.

Rodríguez Delgado, Julio, *El tipo imprudente,* Grijley, Lima, 2013.

Rodríguez Montañés, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.

Rojas Vargas, Fidel. "La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 14, Lima, 1999.

Rojas Vargas, Fidel S., *Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia,* Jurista, Lima, 2004.

Rojas Vargas, Fidel. *El delito: preparación, tentativa y consumación.* IDEMSA, Lima, 2009.

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal,* Bosch, Barcelona, 1972.

Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976

Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976

ROXIN, Claus, *Imputación objetiva en el derecho penal*, traducido al español por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Marcial Pons, Barcelona, 2000.

ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara, Lima, 2004.

ROXIN, Claus, "Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS, Kai e Iván MEINI (editores), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* T. I (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*), trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2009.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* T. II (*Especiales formas de aparición del delito*), trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2014.

ROXIN, Claus/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima, 2000.

RUANO GODOY, Edgar. *Principios informadores del derecho penal.* Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de Guatemala, 2015.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción*, reimpresión [1981], Barcelona, Bosch, 1980.

ROXIN, Claus, *Imputación objetiva en el derecho penal*, traducido al español por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Marcial Pons, Barcelona, 2000.

ROXIN, Claus, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara, Lima, 2004.

ROXIN, Claus, "Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS, Kai e Iván MEINI (editores), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* T. I (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*), trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2009.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* T. II (*Especiales formas de aparición del delito*), trad. de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Civitas, Madrid, 2014.

ROXIN, Claus/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Colección Encuentros, Lima, 2000.

RUANO GODOY, Edgar. *Principios informadores del derecho penal.* Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de Guatemala, 2015.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. Introducción*, reimpresión [1981], Barcelona, Bosch, 1980.

Sánchez de la Cruz, Jorge. "El principio de intervención mínima del derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 61, Lima, 2014.

Sánchez-Ostiz, Pablo. "Imputación e incumbencias en derecho penal", en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, N.º 24, Navarra, 2017.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Schünemann, Bernd, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en Schünemann, B. (coordinador), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991.

Schünemann, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002.

Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

Silva Sánchez, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Estudios de derecho penal*, Grijley/ Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2000.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

Silva Sánchez, Jesús-María. "A vueltas con la *actio libera in causa*", en *InDret Penal*, Barcelona, 2016.

Spangenberg, Mario. "La ignorancia responsable en Aristóteles. Una solución al atolladero dogmático penal en los casos de ignorancia

deliberada", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N.º 11, Montevideo, 2017.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 2.ª edición alemana, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed. totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de derecho penal. Parte general*, T. I, Aranzadi, Navarra, 2017.

Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación, Comité Organizador de los Trabajos para la Reforma al Sistema de Justicia de Nuevo León, Monterrey (México), 2004.

TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Idemsa, Lima, 2000.

TORÍO López, Ángel, "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *ADPCP*, T. XXXIX, Fasc. I, ene.-abr., Madrid, 1986.

VEHLING, K.-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1991.

VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuridicidad y justificación*. Trillas, México, 1986.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Temis, Bogotá, 1997.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002.

VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.

VILLA ALZATE, Guillermo, *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2008.

VILLAVICENCIO, Felipe, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Manual de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

WALTER, Jürgen, *Sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 3.ª ed. (trad. de la 12.ª ed. alemana), Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1987.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

WELZEL, Hans, *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª reimpresión de la 2.ª edición, Cárdenas, México D.F., 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

Se terminó de imprimir
en la ciudad de Lima,
en el mes de abril de 2022.