

“Año de la Consolidación del Mar de Grau”



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONÍA
PERUANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



TESIS:

**“LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
EN LOS DELITOS DE LESIONES CULPOSAS POR INOBSERVANCIA DE
REGLAS TÉCNICAS DE TRÁNSITO, Y SU APLICACIÓN EN LAS FISCALÍAS
PENALES EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

**PONENTES : BACH. DIANA ARACELI TORREJÓN CÓRDOVA
BACH. ANNE LUZ VÁSQUEZ NAVARRO**

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADA

**ASESOR:
ABOG. JORGE WALTER CAMBERO ALVA
Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad
Nacional de la Amazonía Peruana**

IQUITOS – PERÚ

2016

Oficina de Registros y Servicios Académicos**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

En la ciudad de Iquitos, a los cuatro (04) días del mes enero de 2017, a las 10:00 horas, en el Auditorio de la FADCIP, se reunieron los miembros del Jurado Calificador designado mediante **Resolución Decanal N° 246-2016-FADCIP-UNAP**, integrado por los señores Miembros que a continuación se indica:

Abog. VICTOR RAÚL VARGAS FERNÁNDEZ	Presidente
Dr. JAIME EDUARDO MELÉNDEZ ASPAJO	Miembro
Abog. EDWIN BELLIDO SALAZAR	Miembro


Quienes, se constituyeron en el Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, para escuchar y evaluar la sustentación pública de la Tesis titulada: **"LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE LESIONES CULPOSAS POR INOBSERVANCIA DE REGLAS TÉCNICAS DE TRÁNSITO Y SU APLICACIÓN EN LAS FISCALÍAS PENALES, EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL"**, presentado por las Bachilleres en Derecho y Ciencias Políticas: **DIANA ARACELI TORREJÓN CÓRDOVA Y ANNE LUZ VÁSQUEZ NAVARRO**, para obtener el Título Profesional de **ABOGADA**, que otorga la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana de acuerdo a la Ley N° 30220 y el Estatuto vigente.


Después de haber escuchado con mucha atención y formuladas las preguntas necesarias por el Jurado Calificador, las que fueron respondidas en forma..... *Satisfactoria*.....

El Jurado Calificador, luego de las deliberaciones correspondientes, en privado, llegó a la conclusión siguiente:

La Sustentación de la Tesis ha sido: *por Unanimidad*.....

Siendo las *12:00 horas* se dio por terminado el acto.


Abog. VICTOR RAÚL VARGAS FERNÁNDEZ
Presidente


Dr. JAIME EDUARDO MELÉNDEZ ASPAJO
Miembro


Abog. EDWIN BELLIDO SALAZAR
Miembro

DEDICATORIA

A:

Mis padres **JORGE** y **ANGELICA**, quienes en todo momento me apoyan para seguir adelante en mi formación académica y motivándome con sus consejos para ser una persona de bien, capaz de servir a la sociedad.

(DIANA TORREJÓN)

A:

El amor de mi vida, mi hijo **WALTER GADIEL**, quien me inspiró a realizar la presente Tesis.

(ANNE LUZ VASQUEZ)

AGRADECIMIENTO

Esta tesis no se hizo sola, necesitó del entusiasmo y la perseverancia de las que suscriben y otras personas excepcionales, en tal sentido debemos agradecer a nuestro Asesor el abogado Jorge Walter Cambero Alva, por otorgarnos su valioso tiempo y poder orientarnos y compartir sus conocimientos, a nuestra Institución Laboral, el Ministerio Público – Fiscalía de la Nación y quienes lo integran por brindarnos las facilidades en la recolección de información para la elaboración de la presente Tesis, a nuestros adorados padres por su incansable apoyo en todos los aspectos y en todo momento de nuestras vidas.

INDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	10
TITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
1. Planteamiento, Justificación y Formulación de problema de investigación.....	12
1.1. Descripción del Problema.....	12
1.2. Justificación del Problema a Investigar.....	14
1.3. Formulación del Problema.....	14
1.3.1. Problema general.....	14
1.3.2. Problemas específicos.....	14
2. Hipótesis de la investigación.....	14
2.1. Hipótesis general.....	15
3. Objetivos.....	16
3.1. Objetivo general.....	16
3.2. Objetivos específicos.....	16
TITULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	17
Capítulo I. Fundamentos Generales del Derecho Penal.....	18
1. Concepto de Derecho penal.....	18
2. La misión del Derecho penal.....	19
2.1. La protección de la sociedad.....	19
2.2. Función represiva y preventiva del Derecho penal.....	21
2.3. Protección de bienes jurídicos y de valores ético – sociales.....	22
3. La Política criminal y sistema del Derecho penal desde la perspectiva de Claus ROXIN.....	23
3.1. Introducción.....	23
3.2. Fundamentos.....	24
Capítulo II. Teorías que explican el delito.....	27
1. Teoría del causalismo naturalista (Franz VON LISZT y Ernst VON BELING).....	27
1.1. Presupuesto metodológico.....	27
1.2. Las teorías que fundamentan la teoría del causalismo Naturalista.....	28
1.2.1. La teoría de BINDING.....	28
1.2.2. La teoría de BELING.....	28

1.2.3.	La teoría de VON LISZT.....	34
2.	El finalismo.....	35
2.1.	El concepto de la acción finalista.....	35
2.2.	Sistema de la teoría jurídica del delito basado en el concepto finalista de la acción.....	36
2.3.	El concepto finalista de autor.....	38
2.4.	¿Qué queda del finalismo hoy? Posición del maestro José CERESO MIR.....	38
2.4.1.	El concepto de la acción.....	38
2.4.2.	La concepción personal de lo injusto.....	40
2.4.3.	La trascendencia del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta.....	44
2.4.4.	El concepto de autor.....	45
3.	El funcionalismo.....	46
3.1.	Consideraciones generales.....	46
3.2.	Funcionalismo penal moderado o teleológico - valorativo versus funcionalismo normativo o radical.....	47
3.2.1.	Claus ROXIN y el surgimiento del funcionalismo teleológico – valorativo.....	47
3.2.2.	El Derecho penal como necesidad preventiva en el pensamiento de ROXIN.....	49
3.2.3.	La pena y la ciencia interdisciplinaria de la prevención en ROXIN.....	50
3.3.	Aproximación al pensamiento de JAKOBS.....	52
3.4.	Elementos de la imputación objetiva.....	55
3.4.1.	El riesgo permitido.....	55
A.	Concepto.....	55
a.	El carácter ubicuo de los riesgos permitidos.....	55
b.	La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido.....	56
c.	La exclusión de la tipicidad, y no justificación.....	56
B.	Concreción.....	57
a.	Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma.....	57
b.	Compensaciones.....	58
c.	Permisiones.....	59
C.	Conocimientos especiales.....	61
a.	El principio.....	61
b.	Combinación de conocimientos y rol.....	62
D.	Realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgo.....	64
a.	La explicación a través de tipos de riesgo.....	64
3.4.2.	El principio de confianza.....	66
A.	Algunos problemas de interpretación.....	66
B.	Desarrollo.....	68
3.4.3.	La autopuesta en peligro.....	69
A.	Desarrollo.....	69

B.	Necesidad de distinguir la heteropuesta en peligro consentida de la cooperación a una autopuesta en peligro.....	72
3.4.4.	Riesgo permitido.....	73
A.	Desarrollo.....	73

Capítulo III. Teoría del delito.....78

1.	Concepto de delito.....	78
2.	Significado de la teoría del delito.....	79
3.	La teoría del delito en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.....	81
4.	La teoría del delito o del hecho punible como una teoría de la aplicación de la ley penal.....	81
4.1.	Función de la teoría del delito.....	81
4.2.	Los elementos del delito.....	82
4.2.1.	La acción.....	84
A.	El comportamiento humano como elemento del delito.....	84
4.2.2.	El tipo y la tipicidad en general.....	86
A.	Concepto.....	86
4.2.3.	La antijuridicidad.....	88
4.2.4.	La culpabilidad.....	88

Capítulo IV. La Teoría de la imputación objetiva.....90

1.	Surgimiento y desarrollo.....	90
2.	La imputación objetiva en el derecho penal peruano.....	93
A.	La doctrina.....	93
B.	La jurisprudencia.....	95
3.	La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana Introducción.....	100
4.	Riesgo permitido.....	104
5.	Principio de confianza.....	107
6.	Prohibición de regreso.....	108
7.	Imputación a la víctima.....	110
8.	Relación de riesgo.....	111
9.	Cumplimiento de deberes de función o de profesión.....	111
10.	Naturaleza del juicio de imputación objetiva.....	113
11.	La imputación objetiva en el derecho penal.....	119
12.	La relación de causalidad.....	122
13.	La creación de un riesgo no permitido.....	131
14.	Alcance del tipo penal.....	136

Capítulo V. Lesiones.....138

1.	Consideraciones generales.....	138
----	--------------------------------	-----

2.	Bien jurídico protegido.....	138
2.1.	Integridad corporal o física.....	139
2.2.	Salud física.....	139
2.3.	Salud mental.....	140
2.4.	Daño social.....	140

Capítulo VI. Lesiones culposas.....141

1.	Texto normativo.....	141
2.	Consideraciones generales.....	142
3.	Descripción típica.....	142
4.	Tipo de lo injusto.....	144
A)	Aspecto objetivo.....	144
➤	Sujetos.....	144
	Sujeto activo.....	144
	Sujeto pasivo.....	145
➤	Conductas prohibidas.....	145
a.	Lesión culposa básica.....	145
b.	Lesión culposa grave.....	145
c.	Lesión con vehículo motorizado, encontrándose alterado el autor.....	145
d.	Lesión que genera pluralidad de agraviados.....	146
e.	Lesión con inobservancia de las reglas técnicas de tránsito.....	146
f.	Lesión con inobservancias con reglas de profesión, ocupación, industria.....	148
B)	Aspecto subjetivo.....	149
5.	Bien jurídico protegido.....	149
6.	Tentativa.....	149
7.	Consumación.....	150
8.	Penas.....	150
9.	Aspecto procesal.....	151

TITULO III: METODOLOGÍA.....153

Único capítulo. Metodología.....154

1.1.	Tipo de investigación.....	154
1.2.	Diseño de investigación.....	154
1.3.	Población y Muestra.....	155
1.4.	Procedimiento, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	155
1.5.	Procesamiento de la información.....	155

TITULO IV: RESULTADOS.....	157
Único capítulo. Resultados.....	158
1. Aspectos generales.....	158
2. Análisis y resultados de las encuestas.....	158
1. ¿Conoce sobre qué sistema se fundamenta el Código Penal de 1991?.....	159
2. ¿Cómo fue introducido en el Derecho penal peruano el sistema funcionalista?.....	162
3. ¿Qué clase de funcionalismo fue introducido en el Derecho penal peruano?.....	167
4. ¿La teoría de la imputación objetiva - sistema funcionalista, en qué elemento de la teoría del delito se desarrolla?.....	170
5. ¿Qué institución de la teoría de la imputación objetiva se relaciona a los delitos culposos?.....	173
6. Quien tras asistir a una fiesta nocturna, se deja llevar en un automóvil por otro invitado, sabiendo que éste ha consumido alcohol y que no está por tanto en condiciones de conducirlo en forma segura. Estamos frente a:.....	177
7. ¿El consentimiento de la víctima resulta ser un requisito para la configuración del instituto de heteropuesta en peligro?.....	180
8. ¿En los delitos culposos, cuál es la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado?.....	183
9. ¿El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, cuando regula que <i>“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”</i> , a qué sistema penal representa?.....	186
10. ¿En casos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, qué institución de la imputación objetiva excluye de responsabilidad penal al agente?.....	189
3. Análisis y resultados de las entrevistas.....	192
4. Análisis y resultados de las disposiciones y requerimientos fiscales.....	202
4.1. Disposiciones fiscales.....	202
4.2. Requerimientos fiscales.....	208
5. Comprobación de hipótesis.....	212
TITULO V: CONCLUSIONES.....	214
TITULO VI: RECOMENDACIONES.....	217
TITULO VII: BIBLIOGRAFÍA.....	219

INTRODUCCIÓN

La teoría de la imputación objetiva se presenta como elemento nuclear de las corrientes jurídico-penales denominadas funcionalistas, que en su pretensión de configurar un sistema de imputación penal despojado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalista y finalista, lo edifican sobre la base de consideraciones de carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales de la dogmática penal.

Como veremos, 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.

La construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva, indiscutiblemente constituye un cambio del sistema de la teoría del delito basado en el concepto causal de la acción como reacción al sistema finalista, toda vez que para los más encumbrados defensores de esta teoría, la teoría finalista de Welzel “no consigue con el criterio de la finalidad ontológicamente fijado, resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado”.

Bajo dicha explicación, lo que se pretende con el presente trabajo de investigación es verificar los criterios adoptados por los Fiscales Provinciales Penales de Maynas, saber que teorías han estado aplicando para resolver las investigaciones de los delitos de lesiones culposas por inobservancia de las reglas técnicas de tránsito, si lo hicieron bajo los criterios de la teoría causalista, finalista o funcionalista, además de ello veremos otros temas como introducción del tema central como son los fundamentos generales del derecho penal, las teorías que explican el delito, la teoría del delito propiamente dicho, precisando que al término del presente trabajo de investigación, podremos tener resultados debidamente fundamentados en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

TÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Capítulo Único

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento, Justificación y Formulación del Problema de Investigación

1.1. Descripción del Problema

El Ministerio Público es una institución autónoma, cuyas funciones se encuentran establecidas en la Constitución Política del Estado de 1993 y en su Ley Orgánica (Decreto Legislativo N°52), cumpliendo un papel preponderante en la defensa de la legalidad, pues como órgano autónomo de derecho constitucional, tiene como misión la justicia en defensa del interés social.

Estando a las funciones que le asignaron al Ministerio Público, la Constitución Política del Estado de 1993, no ha sido ajeno en establecer funciones propias a éste organismo estatal, muy por el contrario tiene un parecido a la constitución anterior (Constitución Política del Estado de 1979), con una modificación esencial: *El Fiscal conduce desde su inicio la investigación de delito en consecuencia asume la titularidad de la investigación, tarea que realiza con plenitud de iniciativa y autonomía.* En tal sentido, se entiende que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y por ende, de la investigación del delito desde que ésta se inicia, cuyos resultados como es natural determinará si los Fiscales promueven o no la acción penal.

Con la implementación del nuevo Código Procesal Penal, en el Distrito Fiscal de Loreto, el Ministerio Público a partir del mes de octubre del año 2012, fecha en que se encuentra vigente el Código Procesal Penal de 2004, exige a los fiscales penales un alto conocimiento de las teorías y dogmas que enfocan al derecho penal como ciencia, siendo una de ellas la “teoría de la imputación objetiva”.

En la provincia de Maynas se tiene una marcada incidencia en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, lo que ocasiona un alto grado de proliferación, lo cual crea un problema jurídico. Esta problemática jurídica se ve reflejado por el incremento de una mala aplicación de la autonomía funcional que gozan los fiscales (artículo 5° Ley Orgánica del Ministerio Público), lo que genera la aplicación de distintos criterios de la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido se refleja que los fiscales no están aplicando el “principio de predictibilidad”, como instrumento procesal para resolver casos, lo que implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterios en la interpretación y aplicación del derecho.

El objeto de este trabajo de investigación es verificar los criterios adoptados por los Fiscales Penales, en cuanto a la teoría de imputación objetiva y poder determinar si los casos que han resuelto, lo hicieron bajo los criterios de la teoría finalista o funcionalista, puesto que el Código Penal de 1991, adoptó la teoría finalista¹, superando así a la teoría causalista², teniendo como una de las señales normativas de superación el artículo VII del Título Preliminar del citado código: *“La pena requiere de la responsabilidad del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*.

El sistema penal como todo derecho al estar compuesto por normas dinámicas ha evolucionado, y un reflejo de su evolución la encontramos al haber adoptado al sistema funcionalista, representado por la teoría de la imputación objetiva, que

¹ Para los finalistas la acción es conducida desde que el sujeto piensa su objetivo eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifiesta al mundo externo, es decir, primero piensa el ilícito y luego realiza el hecho. Dicha teoría consiste en que se afirma que la voluntad no puede despojarse de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin.

² Para esta teoría, la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Trata a la acción como factor causal del resultado sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo. Surgió de las concepciones físicas de Newton, de la ley de la causa-efecto, dentro de un mecanismo llamado universo. Indica que la conducta humana como parte del universo también es una sucesión de causa-efecto. No importa el fin de la persona, pues no pertenece a la conducta. En otras palabras, la acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse que causaba un resultado. Se funda en el hecho de que todo resultado es producto de una causa, se sustenta en tres elementos: Una causa, un nexo causal y un efecto.

enfoca su razón en el rol del individuo en la sociedad; así, para los delitos de lesiones culposos, especialmente en los accidentes de tránsito, se tienen las figuras del “riesgo permitido” e “imputación a la víctima”, y que justamente sirven y facilitan la labor en la administración de justicia frente a estos casos.

1.2. Justificación del Problema a Investigar

¿Las Fiscalías Penales en el marco del nuevo Código Procesal Penal, están resolviendo los casos sobre delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito aplicando la teoría funcionalista – imputación objetiva?

Para este propósito de investigación, se analizarán los requerimientos de acusación y sobreseimiento, emitidas por las Fiscales Penales en el marco del Nuevo Código Procesal Penal, durante el periodo 2012 al 2014.

Esta problemática surge en virtud a que los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito se estandarizaron como un ilícito de mayor concurrencia en nuestra sociedad, especialmente en la provincia de Maynas, Distrito Fiscal de Loreto.

Por lo que la tesis tiene por objetivo establecer si el sistema funcionalista – imputación objetiva, se está aplicando para resolver los delitos de lesiones culposas por inobservancia de las reglas técnicas de tránsito, en la formulación de requerimientos de acusación y sobreseimientos fiscales.

1.3. Formulación del Problema.

Habiendo descrito la problemática en la presente investigación, corresponde realizar la formulación del problema en concreto:

1.3.1. Problema general.

En qué medida las fiscalías penales aplican la teoría de la imputación objetiva en la formulación de los requerimientos acusatorios y de sobreseimientos en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, en el marco del nuevo código procesal penal, periodo 2012 – 2014.

1.3.2. Problemas específicos

- ✚ ¿Están aplicando las fiscalías penales la teoría de la imputación objetiva para resolver los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito?

- ✚ ¿Qué teorías aplican las fiscalías penales para formular requerimientos acusatorios y de sobreseimientos en la investigación de los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito?

- ✚ ¿Resulta eficaz aplicar la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito?

2. Hipótesis de la Investigación

Teniendo presente el problema general y específico de investigación planteados, se ha considerado la siguiente hipótesis de trabajo:

2.1. Hipótesis general

¿La teoría de la imputación objetiva es un método idóneo para resolver los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito?

3. Objetivos

3.1. Objetivo general.

- Determinar si las fiscalías Penales están aplicando la teoría de la imputación objetiva en los requerimientos acusatorios y de sobreseimientos en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

3.2. Objetivos específicos

- Analizar si la teoría de la imputación objetiva se aplica en los requerimientos acusatorios y de sobreseimiento en la investigación de los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito.
- Determinar en qué medida ha contribuido la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en la investigación de los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, en los requerimientos de acusación y sobreseimiento realizados por las Fiscalías Penales.
- Establecer la importancia de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

TÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

1. Concepto de Derecho penal

Felipe Andrés VILLAVICENCIO TERREROS³ define al Derecho penal como aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores.

Continúa afirmando que el Derecho penal y los otros mecanismos de control social, tienen las mismas finalidades: buscan evitar aquellas conductas que la sociedad considera indeseables y, en contrapartida, estimular otras conductas que se ajustan a las normas de convivencia social. También responden siempre a un sistema de valores que están en concordancia con el ordenamiento constitucional. Pero la diferencia entre estos mecanismos del control social, se deriva por “*la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma*”⁴.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley, Lima - Perú, 2006, página 08.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal Parte General*. 2º Edición, Editorial Akal, Madrid - España, página 09.

En sentido diferente: Javier VILLA STEIN considera que otros instrumentos de control social pueden también apelar al castigo y fundamentarlo con igual o más racionalidad. Este autor expresa que lo verdaderamente diferenciador del Derecho penal con otros recursos del control social es la predeterminación de su intervención; las garantías que se otorgan al infractor, y la magnitud, naturaleza y legitimidad de las penas y medidas de seguridad.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial San Marcos, Lima - Perú, 1998, página 91.

2. La misión del Derecho penal

2.1. La protección de la sociedad

Hans - Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGENG⁵ afirman que la misión del Derecho penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas. La convivencia de las personas se desarrolla primordialmente de acuerdo con reglas suministradas (normas) que configuran el orden social en su conjunto. La validez de estas normas preexistentes es absolutamente independiente de su imposición externa, puesto que se basan en la aceptación general de su necesidad y son protegidas a través de sanciones inmanentes que reaccionan por sí mismas frente a los comportamientos que las transgreden (represión social mediata).

Sin embargo, el orden social no puede asegurar por sí mismo la convivencia de las personas en la comunidad. Aquél debe ser completado, perfeccionado y reforzado por el ordenamiento jurídico. En especial, este último debe garantizar las obligaciones generales de todos como normas vigentes del Derecho y hacer frente a sus infracciones.

Titular del orden social preexistente es la sociedad, mientras que del ordenamiento jurídico metódicamente creado es el Estado. “Se trata, pues, de una forma de control social⁶ lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya

⁵ JESCHECK, Hans - Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Volumen I, 5° Edición, Editorial Instituto Pacífico, Lima - Perú, 2014, páginas 02 y 05.

⁶ El control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia. Así, el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización. En nuestra sociedad se pueden diferenciar formas de control social formal e informal. El control social formal es el sistema penal.

sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales (...)”⁷.

El Derecho penal asegura, en última instancia, la inviolabilidad del ordenamiento jurídico a través de la violencia estatal. En realidad, también el Derecho civil y el Derecho público prevén la aplicación de la violencia, pero para el Derecho penal la amenaza y aplicación de la violencia están en el núcleo central.

En verdad, el Derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de una limitación graduable de su libertad, pero únicamente puede hacerlo de modo que sea compatible con el estado de la cultura del pueblo y con los derechos de los individuos.

Por ello, el objetivo no debe ser la desaparición del Derecho penal, sino sólo su mejora a través de una reforma continuada que asegure la protección de la generalidad a través de una prevención general moderada, y que busque alcanzar la justicia para el autor preservando el principio de culpabilidad y, allí donde sea necesario, la ayuda social.

El control social informal (control social secundario) comprende la disciplina social, la familia, educación, las normas sociales, religión, medios masivos de comunicación, la actividad política, la actividad artística, investigación, etc.

VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, página 226.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 9° Edición, Editorial B de f, Julio César Faira Editor, Montevideo - Buenos Aires, 2011, página 40.

2.2. Función represiva y preventiva del Derecho penal

Para JESCHECK y WEIGENG⁸ el Derecho penal cumple, por un lado, la misión de proteger a la sociedad mediante el castigo, posee, por ello, una naturaleza represiva. Pero, por otro, cumple asimismo la misión de prevenir infracciones cuya comisión se teme en un futuro; posee también, pues, una naturaleza preventiva. Sin embargo, la función represiva y preventiva del Derecho penal no son opuestas, sino que deben ser entendidas de modo unitario; el Derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión).

A través del cumplimiento de la función represiva, el Derecho penal desarrolla aquella “fuerza configuradora de las costumbres” que convence al conjunto de la población de la autoridad del ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina “prevención general”.

De esta manera el mensaje del Derecho penal alcanza a sus destinatarios y requiere, por supuesto, de una información conscientemente jurídico- penales. Pero también cuando interviene de forma represiva, el Derecho penal cumple siempre una función preventiva mediata en cuanto a la protección de la sociedad: la pena justa es, en interés de la colectividad, un instrumento irrenunciable para el mantenimiento del orden social. Junto con la así llamada prevención general positiva, juega la prevención general negativa que consiste en la disuasión de futuros autores por el temor que implica la pena.

Pero más allá el Derecho penal tiene también que cumplir una función preventiva inmediata. Cada pena tiene que contribuir a que el condenado consolide nuevamente su respeto al Derecho.

⁸ JESCHECK y WEIGEND. 2014, páginas 05 al 10.

2.3. Protección de bienes jurídicos y de valores ético - sociales

Continuando con la posición de JESCHECK y WEIGENG⁹, consideran que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Todas las normas jurídico - penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública. Tales bienes vitales básicos son, por ejemplo, la vida de las personas, la integridad corporal, la libertad personal de acción y la ambulatoria, la propiedad, el patrimonio, que deben ser preservadas de su exterminio o tratamiento indigno, la paz internacional, etc.

El desvalor de resultado del hecho punible reside en la lesión o en la concreta puesta en peligro del objeto de una acción -o de un ataque- (por ejemplo, de la vida de una persona, de la seguridad vial de alguien que circula), que pretende ser asegurado por la disposición penal como manifestación externa o titularidad del bien jurídico protegido.

El Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber.

⁹ JESCHECK y WEIGEND. 2014,páginas 10 al 12.

3. Política criminal y sistema del Derecho penal desde la perspectiva de Claus ROXIN¹⁰

3.1. Introducción

Francisco MUÑOZ CONDE al redactar la introducción del libro *“Política criminal y sistema del derecho penal”*, cuya autoría corresponde a Claus ROXIN, sostuvo (hablando en tiempo pasado) que la dogmática jurídico - penal atravesó una crisis a causa de la polémica sostenido en los últimos años entre causalistas y finalistas, a partir del cual surgió en Alemania dos tendencias que intentaron superarlo. Una tendencia consiste en negar la importancia del sistema. Para ella, el punto de partida de la ciencia del Derecho lo constituye el problema. El pensamiento sistemático debe ser sustituido, por lo tanto, por un pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica. La otra tendencia quiere penetrar también en el problema, pero sin renunciar por ello al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema; el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema. En esta última tendencia debe encuadrarse la monografía de Claus ROXIN. Para ROXIN *“los problemas políticocriminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito”*. La vinculación jurídica y la finalidad político - criminal deben reducirse a una unidad en el sistema del Derecho penal. Consecuentemente con este punto de partida, afirma que las tradicionales categorías de la estructura del delito -tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- *“deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político - criminal”*.

¹⁰ Ver al respecto: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2° Edición, 1° reimpresión, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, Primera reimpresión octubre de 2002.

3.2. Fundamentos

“El Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal”, esta frase de Franz VON LISZT pone de relieve una tensión que todavía hoy está viva en nuestra ciencia. La frase caracteriza al Derecho penal, por un lado, como ciencia social, y, por el otro, como ciencia jurídica.

Al respecto, la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviatán”¹¹, del Estado.

En palabras de VON LISZT, la *“idea de fin en Derecho penal”* es la meta de la Política criminal; mientras que el Derecho penal, como *“magna carta del delincuente”*, protege no a la comunidad, sino al individuo que *“se rebela contra ella”*, garantizándole el derecho *“de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales”*. Desde esta base, la misión del trabajo sistemático en Derecho penal debe ser ajena, e incluso contraria a toda finalidad político - criminal.

Asimismo, VON LISZT opina que la ciencia del Derecho *“debe ser, y seguir siendo la ciencia propiamente sistemática, pues sólo la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la aplicación del Derecho es siempre un diletantismo”*¹², *abandonada al acaso*¹³ *y a la arbitrariedad*”. Con estas indicaciones

¹¹ Cosa de grandes dimensiones y difícil de controlar. Este Estado es un leviatán.

En: <http://dle.rae.es/?id=NCXHojm>

¹² Condición o comportamiento del diletante.

<http://dle.rae.es/?id=DmYXRTA>

se han dado las palabras claves que aún hoy se repiten. Así, por ejemplo, dice WELZEL sobre la ciencia del Derecho penal: *“Como ciencia sistemática de la base para una Administración de Justicia uniforme y justa, pues sólo el conocimiento de las relaciones internas del Derecho eleva su aplicación por encima del acaso y la arbitrariedad”*. Por su parte, escribe JESCHECK que sin la articulación sistemática del concepto del delito, la solución de un caso jurídico permanece *“insegura y dependiente de consideraciones sentimentales”*.

El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo injusto las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por VON LISZT como evidente, sirve de base a esa oposición entre Derecho penal y Política criminal. El Derecho penal es, en sentido propio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrenta con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho penal, está situada fuera de lo jurídico.

El Derecho no tiene que retroceder ante lo injusto; en realidad, se están buscando las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones conflictivas. Y cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado, de algún modo, con respecto a la prohibición de su acción o ha desistido de consumar un delito, los problemas son de naturaleza político - criminal y, no pueden ser resueltos adecuadamente con el -para decirlo con JESCHECK- *“automatismo de los conceptos teóricos”*.

Dileante. Que cultiva algún campo del saber, o se interesa por él, como aficionado y no como profesional.

<http://dle.rae.es/?id=DmW62Vk>

¹³ Casualidad, suceso imprevisto.

<http://dle.rae.es/?id=0JTWt1e>

De este modo, Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal.

La unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal, que, en opinión de Claus ROXIN también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito, es, por tanto, sólo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores. En tal sentido, afirma que las categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político - criminal. La teoría del tipo y de la culpabilidad, hay que interpretarlas con principios específicamente jurídico - penales; mientras que el ámbito de la antijuricidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico. A ello se debe el que las causas de justificación procedan de todo el ámbito jurídico y que de este modo engarzen al Derecho penal con las otras disciplinas jurídicas en la unidad del ordenamiento jurídico.

Así, el Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político - criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político - criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre labor criminológica y la dogmática jurídico - penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político - criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.

CAPÍTULO II

TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DELITO

1. Teoría del causalismo naturalista (Franz VON LISZT y Ernst VON BELING)

Tiene como autores a Carl BINDING, Ernst VON BELING y Franz VON LISZT, caracterizándose esta teoría 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 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 esta¹⁴.

1.1. Presupuesto metodológico

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 resultado¹⁵. 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

¹⁴ Citado por: PEÑA GONZÁLES, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Aplicación, Lima - Perú, 2010, página 72.

¹⁵ *Ibidem*, página 24.

ciencias naturales. Por esta razón, las valoraciones estaban excluidas del método clásico.

1.2. Las teorías que fundamentan la teoría del causalismo naturalista

1.2.1. La teoría de BINDING

Según Luis JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁶, Carl BINDING comenzó en 1872 la construcción laboriosa de la “*teoría de las normas*”, destacando que lo que viola el ladrón no es la ley, sino el principio que prohíbe robar. Así, desde su positivismo radical, reverenciaba la norma como objeto indiscutible dado que era un producto de un legislador inequívoco. En 1872 publicó “*Las normas y su transgresión*”, donde señala que el delincuente, al cometer un delito, confirma la ley, no la contradice.

1.2.2. La teoría 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. BELING llega a su definición del delito después de numerosas rectificaciones. 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 antijurídica y culpable, conminada con pena*”. Aún no había elaborado su doctrina del tipo legal, como carácter meramente descriptivo, y hablaba del tatbestand¹⁷, como era muy utilizado, en su aspecto “*subjetivo*” y “*objetivo*”. Así, dicho autor afirmaba se entiende por ley penal, solamente un cierto principio jurídico penal, que en un determinado tipo legal (primera parte de la ley penal), basa una sanción penal o

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 4° edición, Tomo III, Losada, Buenos Aires - Argentina, 1964, páginas 53 y 54.

Citado por: PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO. 2010, páginas 26 al 28.

¹⁷ Término alemán que traducido al español significa: hechos.

conminación penal (segunda parte de la ley penal). Por el tipo penal ha de entenderse la descripción de aquella violación del Derecho que debe ser hallada en la concerniente sanción.

Ya en 1906¹⁸, quiso librar a la construcción del delito del elemento 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. La punibilidad, afirma, ha de ser uno de los elementos 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”*¹⁹. 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 antijuridicidad; 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.

En la última edición de su obra, todo cambia, el requisito típico no aparece independiente, se suprime la adecuación a una pena, y se formula negativamente la condición de penalidad, considerando así que acción punible (delito en sentido amplio) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa material de exclusión de penalidad.

Dentro de este contexto, la importante contribución de BELING al desarrollo de la teoría del delito, es sin lugar a dudas su planteamiento sobre la *“teoría del tipo”*,

¹⁸ En este año publicó su Teoría del delito. 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 *nullumcrime sine lege* todas las consecuencias sistemáticas.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964, página 56.

Citado por: PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO. 2010, páginas 30.

dejando las bases en las cuales se irá construyendo la tipicidad hasta nuestros días²⁰.

Sin embargo, Kai AMBOS²¹ sostiene que, mucho antes que BELING, dos penalistas del siglo XIX, Cristoph KARL STÜBEL y Heinrich LUDEN, ya se habían ocupado con anterioridad sobre la teoría del tipo penal. STÜBEL, considerado asimismo como el fundador de la teoría del tipo objetivo en 1805, por tanto un siglo antes que BELING, y LUDEN que se ocupó de la misma en 1840.

STÜBEL, influenciado por la teoría preventivo general de la coacción psicológica de FEUERBACH²², y de acuerdo con la máxima "*nullum crimen*", elaboró un sistema de Derecho penal fundado en el principio de legalidad, por lo que se puede afirmar que este autor apostaba por un tipo de garantía orientado por la máxima "*nullum crimen*"; con ello STÜBEL se anticipaba a la cuestión de la diferenciación entre tipo integral y tipo legal de garantía²³ que posteriormente desarrolló LANG HINRICHSEN.

Con eso descubrió STÜBEL, inmediatamente después que FEUERBACH, que el tipo no debe entenderse solamente en su vertiente objetiva, sino que las características internas o subjetivas (referentes al autor) también imprimen en los tipos una marca decisiva, como por ejemplo, el "*ánimo de lucro*" en el tipo de

²⁰ PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO. 2010, páginas 28 al 32.

²¹ <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>

²² FEUERBACH, Paul Johann Anselm: "*Toda infracción tiene su fundamento psicológico en lo sensible... este impulso sensible puede suprimirse, dado que cada uno sabe que, a su delito le sigue inevitablemente un mal, que será mayor que el desagrado o malestar que resulta por la no satisfacción del impulso criminal*". STÜBEL renunció públicamente a su teoría de la prevención especial y se adhirió a la de FEUERBACH; al mismo tiempo, STÜBEL ejercía una influencia considerable sobre FEUERBACH, hasta el punto de que BINDING lo llegó a considerar como un precursor de FEUERBACH.

²³ Distinción entre "*tipo integral*" y "*tipo de garantía*", en el que el primero comprende la materialización de las características que forman la *ratio essendi* de la antijuridicidad, siendo el tipo de garantía una parte del tipo integral regido por la máxima *nullum crimen*.

hurto. STÜBEL se refería a ello como tipo personal gracias al cual pretendía resolverse el problema de los delitos con tendencia interna trascendente.

La teoría del tipo obtuvo un nuevo impulso gracias al penalista Heinrich LUDEN. Bajo la influencia hegeliana del injusto penal como violación del Derecho objetivo y racional, LUDEN realizó una separación entre los conceptos de acción y tipo, y desarrolló una construcción bipartita de la teoría del tipo, es decir: diferenciada entre el aspecto objetivo del delito y el tipo subjetivo (dolo y culpa sin imputabilidad). LUDEN subjetivizó el concepto determinista de acción mediante el componente de la *“determinación criminal de la voluntad”*, al exigir una finalidad para la acción, a la que se le presuponía un determinado contenido de la voluntad. Y de este modo, se funda un concepto finalista de acción, mucho antes del finalismo de WELZEL, a pesar de que el propio WELZEL jamás hizo referencia a LUDEN.

Kai AMBOS prosigue afirmando que la revisión de la teoría de BELING no se limitó al concepto de tipo, sino que también alcanzó a la teoría clásica causalista del delito, basada en el concepto causal de acción. BELING concebía la acción como movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad; el dolo pertenecía exclusivamente a la categoría de la culpabilidad: *“para comprobar que una acción ha ocurrido basta con la certeza de que el autor actuó voluntariamente o de que permaneció inactivo. Lo que el autor quiso concretamente es indiferente; el contenido de la voluntad sólo es relevante en sede de culpabilidad”*.

De este modo, BELING seguía el concepto de acción propuesto por Franz VON LISZT que definía acción -en el sentido de un mero impulso o estímulo nervioso de causas naturales- como *“modificación en el mundo exterior provocado por la voluntad humana”*. Sobre la base de este concepto de acción se puede desarrollar sin problemas una construcción bipartita objetiva - subjetiva de la teoría del delito,

en donde acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito, y la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo.

Desde la perspectiva filosófico - constructiva del Derecho penal, con la inclusión de los elementos subjetivos en el tipo y la completa subjetivización del concepto de acción, tal y como formuló LUDEN y desarrolló WELZEL, esta concepción de la teoría del delito tenía que fracasar. Ante las insuficiencias del anterior concepto de delito surge el concepto neoclásico del delito, que reconoció la existencia de la intención y los motivos como tipo subjetivo y normativizó la culpabilidad. Posteriormente, la teoría del delito (post)finalista reemplazó las anteriores concepciones de la teoría del delito, desplazando el dolo (natural) de la culpabilidad al tipo y entendiendo la culpabilidad en términos puramente normativos, de modo que se sustituyó la dicotomía causal objetivo - subjetiva entre el injusto y culpabilidad por una estructura normativo - objetiva - subjetiva tripartita de la teoría del delito diferenciando entre tipo y antijuridicidad objetiva, tipo y antijuridicidad subjetiva, y un concepto puramente normativo de la culpabilidad.

Por más convincente que resulte la superación de la teoría causal del delito por la teoría post finalista del mismo en el seno de la discusión alemana, no se puede dejar de afirmar que BELING, en términos globales, es más actual que nunca. Si se intentan comparar las distintas concepciones de la teoría del delito de los diversos ordenamientos jurídicos se advierte con facilidad que el modelo postfinalista no es, en modo alguno, el dominante. Ya se dijo anteriormente que el Derecho penal angloamericano (el llamado sistema de commonlaw) se adhiere a una teoría causalista del delito. En este sistema sigue siendo vigente la máxima del derecho canónico adoptada por el juez Edward COKE de "*actus non facit reum nisi mens sit rea*"²⁴. De aquí resulta un concepto bipartito de delito, objetivo y subjetivo, constituido por el *actus reus*²⁵ y la *mens rea*²⁶ en el sentido de la teoría

²⁴ El acto no hace que la persona sea culpable a menos que la mente también sea culpable.

²⁵ Acto criminal.

²⁶ Mente culpable.

causalista del delito, en donde, por cierto, se discute si la *mens rea* abarca el dolo y la imprudencia (en el sentido de una “*descriptivemens rea*”), o si también engloba otros elementos normativos de la culpabilidad.

A partir de este esbozo histórico jurídico comparativo sobre el concepto de delito, no puede sorprender que también el concepto de delito en el Derecho Penal Internacional se oriente con más fuerza hacia la dicotomía que sustentan el sistema angloamericano del *actus reus* / *mens rea* y de la *offence* / *defence*, que al modelo propuesto por el post-finalismo; no obstante, no se debe olvidar que el concepto de delito en Derecho Penal Internacional es producto de la jurisprudencia penal internacional desde Nuremberg y de las codificaciones internacionales, y no una consecuencia lógica o racional del desarrollo de la teoría del delito a lo largo de los siglos. Sea como fuere, en el Derecho Penal Internacional se presenta una estructura bipartita del delito que diferencia, por un lado, entre *actus reus* y *mens rea*, y por otro entre la responsabilidad individual (con fundamento en una “*offence*”) y las posibles causas de exclusión de la punibilidad (“*defences*”). De ese modo, no se sigue la distinción (según el modelo postfinalista) entre dolo psicológico y culpabilidad normativa o sea injusto (con inclusión del dolo psicológico referente al tipo) y culpabilidad (normativa).

En consecuencia y salvando las particularidades, en el ámbito del Derecho Penal Internacional está todavía por desarrollar una teoría del tipo penal. Para ello, la teoría del tipo de BELING y de sus antecesores puede efectuar valiosas aportaciones. Así por ejemplo la categoría del tipo de garantía es indispensable para un Derecho Penal Internacional que merezca ese calificativo, al igual que para el Derecho Penal de los precarios Estados de Derechos (donde frecuentemente los ciudadanos se encuentran frente a un poder punitivo politizado) es necesario establecer límites garantistas como lo impone particularmente la garantía de tipicidad estricta (*lex stricta*), que sirva, como en las famosas palabras de VON LISZT, de Magna Charta de los delincuentes. Del mismo modo, la comprensión del tipo como tipo sistemático basado en la idea

fundamental de la descripción precisa del injusto material puede servir para contribuir a la precisión de los tipos delictivos del Derecho Penal Internacional.

1.2.3. La teoría de VON LISZT

Discípulo de IHERING, consideró necesario encontrar un fin a la pena, de manera que, frente a las ideas retribucionistas imperantes en la época, VON LISZT²⁷ 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, y únicamente la pena necesaria es la pena justa, siendo los fines o efectos de la pena, la corrección, la intimidación y la inocuización del delincuente. Para él, 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 causal²⁸.

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. Es obvio que desde este punto de vista el dolo (cuestión subjetiva) debe pertenecer a la culpabilidad²⁹.

²⁷ Es autor de la idea de fin en el Derecho penal, donde estableció que la acción es un fenómeno causal - natural que trae como consecuencia un resultado que puede constituir en un delito.

²⁸ PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO. 2010, páginas 32 al 34.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, página 39.

Citado por: PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO. 2010, página 34.

2. El finalismo

2.1. Concepto de la acción finalista

Como señala José CERESO MIR³⁰, frente al concepto causal de la acción formuló WELZEL el concepto finalista. La formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como de la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor. *“El legislador” -decía WELZEL- “no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico - objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente falsa”.*

WELZEL enumera varias estructuras lógico - objetivas y la primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana. Acción es ejercicio de actividad finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma.

Para WELZEL finalidad y voluntad de realización son sinónimos. Por ello rechaza la interpretación estricta de la finalidad, con arreglo a la cual, ésta comprendería únicamente las consecuencias que constituían el fin perseguido por el autor. Rechaza asimismo la extensión de la finalidad a todas las consecuencias previstas por el autor como posibles. Quedan fuera de la voluntad de realización, según él,

³⁰https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1993-10000500020_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_EI_finalismo,_hoy

aquellas consecuencias que el autor prevé como posibles pero confía en que no se produzcan. La finalidad, la voluntad de realización, comprende según WELZEL, el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba.

2.2. Sistema de la teoría jurídica del delito basado en el concepto finalista de la acción

Citando a José CEREZO MIR, sostuvo que WELZEL, Armin KAUFMANN y MAURACH deducían de la estructura finalista de la acción humana que el dolo tenía que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos.

El dolo era concebido por WELZEL como conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Era, por tanto, una finalidad referida a un tipo delictivo. No es correcto hablar, por ello, de dolo natural para referirse al concepto del dolo de WELZEL, aunque se diferenciaba, sin duda, del “*dolus malus*”, de la teoría jurídica del delito tradicional, basada en el concepto causal de la acción y que comprendía la conciencia de la antijuridicidad.

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos lleva a una diferenciación, ya en el tipo, entre los delitos dolosos y culposos. En el tipo de lo injusto de los delitos culposos se incluye la producción de un resultado delictivo de un modo puramente causal, ciego, como consecuencia de una acción finalista que no responde al cuidado objetivamente debido.

Llega así WELZEL a la formulación de la concepción personal de lo injusto, una concepción que distingue un desvalor de la acción y un desvalor del resultado. El desvalor de la acción en los delitos dolosos viene determinado por el modo, forma o grado de realización de la misma, y la infracción de los deberes jurídicos

específicos que obligaban al autor. En los delitos culposos el desvalor de la acción está constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El desvalor del resultado en los delitos dolosos y culposos está representado por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico.

Se discute, dentro de la escuela finalista, cuál deba ser la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Si lo injusto queda ya plenamente constituido o agotado por el desvalor de la acción, o si lo injusto queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado.

Por lo que respecto a la culpabilidad, al extraer de ella el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido, es decir, el elemento objetivo de la culpa, su contenido queda reducido a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y los elementos de la reprochabilidad: el elemento intelectual, conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y el elemento volitivo, la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

En relación con el elemento intelectual de la reprochabilidad hay que destacar que la conciencia de la antijuridicidad, en el sistema basado en el concepto finalista de la acción, ha quedado separada del dolo y aparece como un elemento de la culpabilidad. WELZEL formula, por ello, la teoría de la culpabilidad para el tratamiento del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta. Según esta teoría, el error de prohibición no excluye el dolo, sino que cuando es vencible da lugar a una atenuación de la pena del delito doloso y cuando es invencible excluye la culpabilidad y la pena. Se contraponen la teoría de la culpabilidad a la teoría del dolo, que era la dominante en la teoría jurídica del delito tradicional y según la cual, el error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta excluye el dolo. Si el error era vencible da lugar a una responsabilidad por culpa o imprudencia y si era invencible exime de culpabilidad y de pena.

2.3. El concepto finalista de autor

José CEREZO MIR afirma que del concepto de la acción finalista deducía también WELZEL el concepto de autor en los delitos dolosos. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. *“Autor es sólo aquél que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo”.* *“El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer. El partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo”.*

2.4. ¿Qué queda del finalismo hoy? Posición del maestro José CEREZO MIR

2.4.1. El concepto de la acción

Del finalismo se rechaza hoy básicamente su tesis de la vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas, a las estructuras lógico - objetiva de la materia de su regulación, pero se aceptan, generalmente, sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito.

Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista³¹; de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana. Se explica, por ello, que aunque se acepten generalmente las consecuencias del finalismo en la teoría jurídica del delito se rechaza el concepto finalista de la acción.

³¹ Los representantes más destacados de este nuevo normativismo, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana, son JAKOBS, LEHRBUCH y ROXIN.

¿Pero el concepto finalista de la acción es realmente un concepto ontológico? ¿No existen formas de conducta humana no finalistas? Los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto y los movimientos durante el sueño (piénsese en el sonámbulo) no responden, sin duda, al concepto finalista de la acción. Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica.

Un concepto de acción diferente al finalista sería entonces no sólo incongruente, sino inútil o perturbador en la construcción o interpretación de los tipos de lo injusto. El normativismo encuentra aquí un límite insalvable.

La omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de la acción finalista y el concepto de la omisión a él referido (no realización de una actividad finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta) pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema.

La función de elemento básico no implica, por otra parte, como se ha supuesto erróneamente por exageración del pensamiento sistemático, la necesidad de que pertenezcan a la acción o la omisión todos los elementos del tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. La función como elemento básico queda satisfecha si el concepto de la acción o la omisión permite una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto. El concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en éstos el resultado causado quede fuera de la acción.

2.4.2. La concepción personal de lo injusto

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos es hoy aceptada casi unánimamente en la Ciencia del Derecho penal alemana y por la inmensa mayoría de los penalistas españoles. Se rechaza, sin embargo, en general, que la inclusión del dolo en el tipo pueda deducirse de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana, como pretendían WELZEL, Armin KAUFMANN y MAURACH³².

Es cierto que las normas no pueden tener por objeto sino acciones finalistas, como señaló Armin KAUFMANN y que el juicio valorativo que constituye el presupuesto lógico inmediato de la norma (son valoradas negativamente las acciones dirigidas a la lesión del bien jurídico o que llevan consigo la posibilidad de dicha lesión) ha de tener el mismo objeto. De ello no cabe deducir, sin embargo, que el dolo tenga que ser un elemento subjetivo de lo injusto. Es imaginable que un Código Penal en el que las figuras delictivas estén redactadas de tal forma que no sea necesario apreciar elementos subjetivos de lo injusto, un Código Penal en el que no se castigase la tentativa de delito, es decir, la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a producir un resultado delictivo. De un Código Penal de esta índole se derivaría una concepción puramente objetiva, descentralizada, de lo injusto.

No es cierto, además, que al concebir el dolo como finalidad jurídicopenalmente relevante, es decir, al concebir WELZEL el dolo como finalidad referida a un tipo delictivo, *“el concepto de finalidad (y por tanto, el concepto finalista de la acción)”* adquiera un contenido normativo, como supone ROXIN. Es únicamente el dolo el

³² Entre los penalistas no finalistas únicamente JESCHECK admite que la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos se deriva necesariamente de la estructura finalista de la acción humana: *“También el concepto social de la acción tiene que reconocer este argumento ontológico, puesto que en la conducta activa se atiende igualmente a la finalidad como categoría fundamental”*.

que adquiere un contenido normativo “por la referencia de la finalidad a un tipo *delictivo*”. Pero el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico - objetivo y los axiológicos.

Es cierto, sin embargo, que para precisar los límites del dolo en los supuestos de error sobre el curso causal, el error en el objeto, el error *in personam* y en la *aberratio ictus* es preciso acudir a criterios normativos. El propio WELZEL, para determinar si la desviación del curso causal era esencial y debería dar lugar a una exclusión del dolo acudía al criterio de la previsibilidad objetiva. Una desviación del curso causal sería esencial si no era objetivamente previsible, es decir, previsible por el ser humano en general. En la solución de los problemas que plantea el error en el objeto (una de cuyas variedades es el error en la persona) y la desviación en el golpe (“*aberratio ictus*”) acudimos al criterio de la equivalencia del objeto o de la persona desde el punto de vista de los tipos de lo injusto, criterio que, sin duda alguna, es de carácter normativo.

La inclusión de la inobservancia del cuidado debido en el tipo de lo injusto de los delitos culposos tenía precedentes ya anteriores al finalismo³³ y es hoy aceptada unánimemente en la Ciencia del Derecho penal alemana y por la mayor parte de los penalistas españoles. La discusión se centra hoy en si el deber de cuidado debe ser considerado como un deber objetivo, cuyo contenido sería el cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada, como estima la opinión dominante³⁴, o debe ser concebido de un modo subjetivo, de modo que cada persona estaría obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad³⁵.

³³ Karl ENGISCH fue el primero que incluyó en el tipo de lo injusto.

³⁴ En Alemania, JESCHECH.

³⁵ En Alemania, STRATENWERTH y JAKOBS, en España Enrique BACIGALUPO.

El avance del normativismo se ha puesto de manifiesto en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva de resultados.

Se propugna la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos mediante los criterios de imputación objetiva. No basta con que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, sino que es preciso, se dice, que el resultado sea, además, imputable a la acción (o la omisión).

Para que esto sea así, se exige que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la conducta dolosa del autor, que sea objetivamente previsible ex ante³⁶.

No es imputable objetivamente el resultado, por otra parte, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido (era un peligro lícito).

Algunos penalistas exigen no sólo que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, sino que esté comprendido, además, en el ámbito de protección de la norma.

No es imputable tampoco el resultado si el sujeto se esforzó en y consiguió disminuir el riesgo de su producción (principio de la disminución del riesgo).

La imputación objetiva del resultado quedaría excluida asimismo cuando se hubiera producido con la misma intensidad y en el mismo tiempo como consecuencia de la acción lícita (por estar amparada por una causa de justificación) de otra persona, o simplemente de los factores causales concurrentes en el caso (criterio de la causa sustitutoria).

³⁶ En España, GIMBERNAT, si el resultado no era objetivamente previsible falta la reprochabilidad objetiva.

Sólo en los delitos calificados por el resultado está justificada la exigencia de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, es decir, que el resultado aparezca como realización del peligro, de la tendencia, implícita en la conducta inicial dolosa. La exigencia en todos los delitos de acción dolosos de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, que fuera objetivamente previsible ex ante, conduciría a consecuencias sumamente insatisfactorias, se produciría una restricción excesiva del ámbito del tipo. Para CEREZO MIR, la referencia al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos carece de sentido en los delitos de acción “*dolosos*”, pues en ellos la conducta va dirigida por la voluntad del autor a producir la lesión o el peligro del bien jurídico.

Asimismo, rechazables le parecen los criterios de la disminución del riesgo, pues supone la inclusión en el tipo de la solución de conflictos de intereses, cuyo lugar adecuado son las causas de justificación y de las causas sustitutorias, pues no hay base alguna en la ley para excluir la responsabilidad penal por el mero hecho de que el resultado delictivo causado por el sujeto se habría producido con la misma intensidad y en el mismo momento como consecuencia de la acción lícita de otra persona o de los factores causales concurrentes.

En los delitos de acción culposos la teoría de la imputación objetiva encuentra su principal campo de aplicación. Es preciso, sin duda, que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que fuera uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

En los delitos de comisión por omisión, la exigencia de que el sujeto ocupe una posición de garante y de que la omisión aparezca como equivalente a la acción desde el punto de vista de su sentido social, o desde el punto de vista del contenido de lo injusto, son, en realidad, criterios de la imputación objetiva de resultado.

Lo que importa destacar aquí es que la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión mediante los criterios de la imputación objetiva no pone en tela de juicio la aportación básica del finalismo, de que el dolo ha de ser un elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos y de que la inobservancia del cuidado (objetivamente) debido es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos, sino que viene a completarla. Se viene a completar la superación de la vieja concepción del tipo, de un tipo común para los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión, constituido por la simple causación de un resultado mediante un movimiento corporal voluntario o la omisión voluntaria de un movimiento corporal.

2.4.3. La trascendencia del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta

Con la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto ha hallado también general aceptación la teoría de la culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad de la conducta es concebida por casi todos los penalistas alemanes y por la mayor parte de los españoles como un elemento de la culpabilidad, independiente del dolo. El error de prohibición da lugar, si es invencible, a la exclusión de la culpabilidad y de la pena y si es vencible a una atenuación de la responsabilidad dolosa (o culposa).

La polémica doctrinal se centra actualmente en el tratamiento que deba darse al error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Según la teoría de la culpabilidad restringida el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no es un error de prohibición, sino que

es un error sobre elementos del tipo o debe ser tratado como si lo fuera por llegarse, supuestamente, de este modo a consecuencias más justas³⁷.

2.4.4. El concepto de autor

Es indudable que el concepto finalista de autor en los delitos dolosos no se deriva de consideraciones ontológicas. WELZEL partía de la base de que todo el que realiza la acción típica tiene el dominio finalista del hecho, pero esto no es así necesariamente. MAURACH se percató de ello y decía que el que realiza la acción típica tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable. Pero, entonces, el componente normativo del concepto de autor es indudable.

En realidad el concepto de autor, la teoría de la autoría y la participación, forma parte, como señalaba el mismo WELZEL, de la teoría de lo injusto. *“La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello, los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor; sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos dolosos y culposos es esencial para la definición del autor”*. El propio WELZEL consideraba que en los delitos culposos es autor *“todo el que a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico, causa en forma no dolosa un resultado típico”*.

En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

³⁷ La teoría de la culpabilidad restringida es mantenida, en efecto, no sólo por los penalistas que defienden al mismo tiempo la teoría de los elementos negativos del tipo, sino también por otros penalistas, como STRATENWERTH y ROXIN.

En los delitos dolosos será autor todo el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho. Por otra parte, el que tenga el dominio del hecho será también autor aunque no realice la acción típica (autor mediato o coautor) si el código se inspira en una concepción personal de lo injusto. El que tiene el dominio del hecho aparece entonces como el centro personal de lo injusto.

Si un código se inspirara, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. Se llegaría a un concepto extensivo de autor aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

3. El funcionalismo

3.1. Consideraciones generales

El propio Claus ROXIN³⁸ en sus palabras previas al desarrollo de su obra "*Política criminal y sistema del derecho penal*", explica que su intención fue oponer a los esfuerzos causalistas y finalistas de sistematización del Derecho penal -teorías de base óptica- una concepción normativa, que orientara el sistema del Derecho penal en valoraciones rectoras de carácter político - criminal.

Es así que para él, en la estructura preventiva general del tipo -que en cierto modo expresa las reglas de conducta dirigidas a todos los ciudadanos- desempeña un papel central, junto al principio *nullum crimen*, la imputación objetiva. De acuerdo a esta teoría, el injusto típico no es un suceso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito (es decir, del fin de protección) del tipo respectivo. De esta manera, es posible salvar la tipicidad en

³⁸ ROXIN, Claus. 2002, páginas 07 y 08.

una medida político - criminalmente razonable -sobre todo en los delitos imprudentes- de su enorme amplitud, limitando la punibilidad al ámbito de lo que parece indispensable desde el punto de vista preventivo general: la creación y realización de riesgos, que son insoportables para la convivencia segura de las personas.

Para el Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, Doctor Alberto MONTORO BALLESTEROS³⁹, el funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla básicamente en la segunda mitad del siglo XX, que se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y de sus peculiaridades espaciales (geografía) y temporales, sino tomando como punto de partida la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella.

3.2. Funcionalismo penal moderado o teleológico – valorativo versus funcionalismo normativo o radical

3.2.1. Claus ROXIN y el surgimiento del funcionalismo teleológico - valorativo

Desde la posición de Manuel José ARIAS EIBE⁴⁰, Doctor en Derecho por la Universidad de A. Coruña, ROXIN publica en 1970 su monografía *“Política Criminal y sistema del Derecho Penal”*, iniciando una orientación dogmática que pretende la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional como consecuencia de formulaciones abstractas a las que

³⁹ <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110365A/20789>

⁴⁰ <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>

conducía el método empleado, y la realidad práctica -realidad social- a la que el Derecho penal y dichas teorías iban dirigidas⁴¹.

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 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.

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. 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.

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. 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

⁴¹ ROXIN pretende con su sistema ser eficaz. Para ello considera que lo ideal será estructurar las categorías básicas del Derecho penal desde perspectivas político – criminales dando entrada así, en la configuración referida, a perspectivas sociopolíticas y a datos empíricos y criminológicos.

el sistema. ROXIN distingue entre tipo total o tipo sistemático⁴², y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuridicidad formal⁴³ como la material⁴⁴, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo lesión o puestas en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo.

3.2.2. El Derecho penal como necesidad preventiva en el pensamiento de ROXIN

Señala el Doctor Manuel José ARIAS EIBE⁴⁵, que ROXIN parte de considerar que el Derecho penal se justifica por su efectividad en la solución de los problemas de la realidad social. El Derecho penal tiene sentido a fin de evitar o reducir a límites razonables la criminalidad; por ello, su concepción del Derecho penal es eminentemente preventivo: prevenir y evitar el crimen, de lo que deriva que el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar, sino prevenir nuevos delitos.

Para este autor el fin de la pena es tanto la prevención general (positiva o integradora), como la prevención especial. ROXIN reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en

⁴² Dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación.

⁴³ Antijuridicidad material: el injusto material representa una lesión de bienes jurídicos que por regla general es necesario combatir con los medios del Derecho penal, por lo que se puede graduar el injusto según su gravedad, es decir, se encuentra constituida por la relación de oposición entre el hecho y la norma penal hallándose concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado, además comprende el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal.

⁴⁴ Antijuridicidad formal: existe una simple contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico, es decir, la oposición del acto con la norma prohibitiva implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal por ejemplo: “no matar” en relación con el artículo 106.

⁴⁵ <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>

el marco de una estrategia global de prevención en el que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros. Para ello, el Estado debe prevenir el delito mediante medidas adecuadas de orden político criminal, ya que la solución de la criminalidad no se encuentra en la mera represión de las conductas delictivas, sino en la prevención de las mismas con adecuadas medidas de orden político, jurídico, económico y social, y todo ello en orden a la contención del crimen dentro de unos márgenes tolerables, admisibles y socialmente soportables.

3.2.3. La pena y la ciencia interdisciplinaria de la prevención en ROXIN

El Doctor Manuel José ARIAS EIBE⁴⁶ afirma que para ROXIN la pena, “*última ratio*” en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, presenta fines preventivos generales y especiales, y en su concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político - criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión por otras que supongan una menor injerencia en las personas, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. En no pocos casos resultarán más eficaces preventivamente -y menos lesivas para el individuo- penas como los trabajos en favor de la comunidad o el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos, que penas privativas de libertad.

Para llegar a esta conclusión, ROXIN reconoce que desde hace tiempo venimos asistiendo a dos tendencias contrapuestas de política criminal en relación con el tratamiento penal: orientar el sistema de penas hacia la reinserción, reeducación del infractor y prevención del delito, o bien centrarse preferentemente en la imposición de penas duras y disuasorias como medio de prevención. ROXIN reconoce que las penas privativas de libertad resultan necesarias para los delitos graves y para los sujetos reincidentes incorregibles, pero reconoce que las mismas, en general, y en la conformación actual, son inadecuadas para luchar contra la criminalidad, proclamando la necesidad de orientar la construcción de una estrategia global de la prevención.

⁴⁶ Ibídem.

El hecho de que las penas, en general, se adviertan como instrumento inadecuado para la lucha eficaz contra la criminalidad se deriva, en primer lugar, del hecho de que a pesar de la existencia de las mismas, la criminalidad y la reincidencia siguen existiendo. ROXIN señala que el delito existirá siempre, pues el mismo es producto de la imperfección de la naturaleza humana. ROXIN precisa que el Derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, para el profesor de Munich la consideración de que con penas más duras se pueda lograr una reducción considerable de la criminalidad es considerada como errónea.

A juicio de ROXIN, las penas severas -especialmente las privativas de libertad, pero también las multas- no son instrumentos idóneos, por sí solos, para prevenir la criminalidad. Las penas privativas de libertad, lejos de lograr el objetivo al que programáticamente sirven, constituyen, en sí mismas, una aporía⁴⁷, ya que resulta difícil comprender cómo se podrá lograr la reinserción, reeducación y rehabilitación de un sujeto, estigmatizado y fuera de la sociedad, privado de su libertad natural.

En el caso de las privaciones de libertad de corta duración, está demostrado empíricamente, señala ROXIN, que la ejecución de la pena corta privativa de libertad, por el contacto del sujeto con el mundo carcelario, tiene efectos criminógenos y puede suponer precisamente, lejos de la prevención teóricamente perseguida, el verdadero inicio de la carrera criminal. Por otra parte, las penas de multa tampoco son la panacea⁴⁸, ya que además de que pueden ser abonadas por terceras personas ajenas al infractor, con lo que el efecto sobre el mismo puede ser nulo, las mismas producen un efecto completamente diferente entre los pudientes y los humildes, todo ello además de que no se descarta la posibilidad de

⁴⁷ Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional.
<http://dle.rae.es/?id=3Fc9l3k>

⁴⁸ Remedio o solución general para cualquier mal.
<http://dle.rae.es/?id=RcxGdbs>

que determinados sujetos, a fin de obtener el importe de la multa y evitar la privación de libertad, incurran en una nueva infracción delictiva contra el patrimonio.

La formulación de ROXIN presente una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico - penales, a diferencia de la formulación del profesor de Bonn, Günther JAKOBS, que, como veremos, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de los mismos.

3.3. Aproximación al pensamiento de JAKOBS

Para Manuel José ARIAS EIBE⁴⁹, Günther JAKOBS pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de ROXIN y sus discípulos⁵⁰, funcionalizando todos los conceptos jurídico - penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva.

Como para JAKOBS la sociedad 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 éstos, que sin la misma, serían simples animales.

⁴⁹ <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>

⁵⁰ Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus ROXIN, en Alemania, a SCHÜNEMANN, RUDOLPH, AMELUG, WOLTER y ACHENBACH.

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 LUHMANN⁵¹. 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.

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 penal⁵².

Para JAKOBS cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con

⁵¹ JAKOBS ya advierte que su libro es un Tratado en el que desarrolla la teoría sociológica de LUHMANN. La función del Derecho penal como mecanismo de aseguramiento y reforzamiento de las expectativas normativas, o como LUHAMNN decía, como mecanismo de estabilización contrafáctica de expectativas, que se hace visible en JAKOBS, ha sido una de las ideas importadas de LUHMANN. El influjo del funcionalismo sociológico de LUHMANN es evidente en el grueso de la construcción dogmática de la teoría del delito de JAKOBS y de sus discípulos, sin embargo, en los últimos tiempos, las referencias de JAKOBS al sociólogo de la Universidad de Bielefeld se han tornado escasas, lo que evidencia que tal vez se encuentre su construcción dogmática en una especie de tránsito y de abandono de la perspectiva sociológica y su sustitución por una fundamentación filosófica nueva.

⁵² 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.

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 sociales⁵³. La pena es así, para JAKOBS, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente⁵⁴, 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. Por ello, 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”*.

⁵³ En efecto, JAKOBS sostiene que la función del Derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica 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”*.

⁵⁴ 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 a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. Respecto a la competencia, JAKOBS 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.

3.4. Elementos de la imputación objetiva

3.4.1. El riesgo permitido

A. Concepto

a. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos

Para Günther JAKOBS⁵⁵ cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe. Afirma que esta trivial constatación no conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados, y ello por una doble razón: en primer lugar, porque en la mayoría de los casos renunciando a este tipo de contactos no se obtiene un balance positivo, y, en segundo lugar, y sobre todo, porque por regla general no hay alternativa a estos contactos.

Ante ello, considera que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como riesgo permitido.

Para él, este término (*“riesgo permitido”*) suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisión, refiriéndose únicamente a la permisión de aquel riesgo que necesariamente se halla vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por tanto, de una concreción de la adecuación social⁵⁶.

⁵⁵ Ver al respecto: JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

⁵⁶ Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación, puesto que el riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

Dicho autor también afirma que frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada.

b. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido

Sostiene Günter JAKOBS que en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás.

JAKOBS para ilustrar este concepto, expone un ejemplo extraído del tráfico rodado: si ex ante se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que ex ante las víctimas sean anónimas, y ello porque ex ante también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporta.

c. La exclusión de la tipicidad, y no justificación

Afirma el profesor alemán Günter JAKOBS, que los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. Esta solución se impuso en primer lugar en el ámbito del comportamiento imprudente, ámbito en el que cae por su propio peso la idea de que no puede esperarse, y de hecho no se espera, que se evite cualquier

comportamiento con efectos causales, sino sólo la evitación de comportamientos que infringen el cuidado debido.

Ante ello, asegura dicho autor que fue precisamente el delito imprudente el campo en el que se desarrolló esta solución, pues el límite entre comportamiento cuidadoso y comportamiento descuidado ha de trazarse con exactitud sobre todo en aquel ámbito en el que ambos son colindantes. En base al cual sostiene que, en cuanto elemento que excluye el tipo, resulta fácil delimitar el riesgo permitido frente al estado de necesidad justificante, pues, aquellos comportamientos que generan riesgos permitidos no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general; situación distinta opera en el ámbito de la justificación, donde es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que per se son perturbadores. Sobre este último punto, el maestro alemán expone un ejemplo catalogado por él mismo como extremo: un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora, no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, necesita de la situación de necesidad como contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto).

B. Concreción

a. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma

Según JAKOBS, deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro -de carácter abstracto-, el

comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social.

Sobre este punto expone los siguientes ejemplos: crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil en estado de ebriedad, quien lo conduce a demasiada velocidad o quien infringe cualquier otro precepto que regule el tráfico rodado, en la medida en que dicho precepto no sólo pretendía facilitar la administración de ese ámbito vital sino, que además tenga por finalidad limitar el peligro -aunque sólo sea abstracto- de que se produzca el resultado de un delito de lesión.

Sin embargo, afirma el mismo autor que hay ámbitos de la vida -algunos de ellos con peligro potencial- en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto standard de seguridad por otras vías, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en esos ámbitos, como sucede en el ámbito médico, en los que tienen lugar una permanente evolución. De ahí que la regla profesional que goza de reconocimiento, la *lex artis*, sustituya en estos ámbitos al precepto jurídico.

JAKOBS considera que en aquellos ámbitos vitales en los que no hay reglas establecidas, ya sea por el Derecho, o por otros elencos normativos, lo relevante es el standard de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente, lo que ciertamente constituye una determinación de límites imprecisos. Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que en determinados ámbitos vitales lo que constituye el standard diligente se conforma tomando en cuenta cierto componente individual.

b. Compensaciones

Señala JAKOBS que en el ámbito de lo regulado por el Derecho no existe un grado fijo de permisión general para llevar a cabo puestas en peligro, sino que la permisión está vinculada a la configuración del comportamiento. Para tal efecto,

expone como ejemplo: un conductor experimentado y atento sigue conduciendo un automóvil con mayor seguridad que un principiante, incluso si se halla ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad, con todo, su comportamiento no está permitido, mientras que el principiante, en tanto sea sólo eso, es decir, un principiante inseguro y no cometa error actual alguno, se mantiene en el ámbito de lo permitido, porque la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo.

Reforzando su posición, dicho maestro expone otro ejemplo: constituye un riesgo mucho mayor conducir con niebla y concurriendo el peligro de hielo en la calzada, aunque se emplee el máximo cuidado posible, que conducir bajo condiciones ideales superando en un 10 % la velocidad permitida; sin embargo, lo primero está permitido y lo segundo no.

Es así que un determinado daño, a causa de la compensación de riesgos, se pueda explicar no a través del comportamiento que constituye un riesgo no permitido, sino como simple consecuencia del riesgo general de la vida; esta cuestión, perteneciente a la realización de riesgos, puede sin embargo ser diferenciada perfectamente de la determinación del riesgo no permitido.

c. Permisiones

Para Günter JAKOBS, una regulación o el catálogo de comportamientos de una persona diligente, habitualmente no consta sólo de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, sino que también contiene permisiones de comportamiento. Considera que esta concepción es demostrable fácilmente a partir del ejemplo de las reglas del tráfico rodado: nunca se debe sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando no concurre una causa de justificación, pero en modo alguno cabe pensar que esté permitido alcanzar esa velocidad máxima en cualquier circunstancia, sino que sólo lo está cuando concurren unas condiciones ideales.

En tal sentido, llega a la conclusión de que existen comportamientos no permitidos que están permitidos sólo si se dan condiciones ideales. De este modo, aún queda por determinar quién decide cuándo un comportamiento es de un determinado tipo y cuándo concurren condiciones ideales. Al respecto, es el aparato de normas y de convenciones de la sociedad sobre la base de lo que se determina lo que en un determinado caso aún está o no permitido, pero ¿quién decide qué caso es el que concurre en un momento concreto? Esta es la cuestión que dentro del ámbito de la imputación objetiva presenta el mayor grado de dificultad.

Prosigue, la afirmación de que lo decisivo es el juicio de una persona cuidadosa, nada aporta a la respuesta que aquí debe darse, pues lo que hay que determinar es cómo ha de estar configurado física y psíquicamente el hombre cuidadoso. Es así que formula el siguiente ejemplo: un automovilista cuidadoso se detiene ante una señal de stop, pero ¿la ve aunque esté doblada? Cabe invertir el problema: ¿qué sucede cuando el autor sabe más y posee mayores habilidades que una persona diligente, esto es, cuando, por ejemplo, el taxista, conocedor de la localidad en la que trabaja, sabe que en el siguiente cruce, en el que él tiene preferencia, aparecen continuamente forasteros que por error se comportan como si a ellos les correspondiese la preferencia?

En base a esta interrogante, JAKOBS argumenta que la problemática se suscita dada la necesidad de administrar las reglas sociales, al menos en parte, de modo descentralizado, es decir, a través de los ciudadanos individuales. Lo que ha de ser administrado son los standards objetivos en sus distintas concreciones, predeterminados por la sociedad e incluso a veces establecidos jurídicamente. Sin embargo, esta administración se realiza por personas dotadas en cada situación de facultades físicas y psíquicas peculiares, y que, especialmente, también disponen en cada caso de un grado de experiencia distinto.

C. Conocimientos especiales

a. El principio

JAKOBS considera que existen casos en los que el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, en tanto que el titular modelo del rol no puede hacerlo, exponiendo como ejemplos: primero, un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve, a pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador, el siguiente cliente en usar el coche sufre un accidente; y, segundo, un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero, cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa, de todos modos, sirve la ensalada.

En base a los ejemplos, el referido autor motiva que, si partimos de que las expectativas relativas a un comportamiento que también un lego puede desarrollar de modo socialmente adecuado se determinan con base en el arsenal de las capacidades propias de dicho lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que nadie espera de quien alquila un automóvil que tenga especiales conocimientos en materias técnicas, como del mismo modo nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por tanto, ninguno de los dos ha quebrantado el rol en el que se mueven y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Desde luego que una cuestión totalmente distinta es que el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión del socorro.

Al respecto, continúa afirmando que esta solución se ve confirmada si trasladamos lo sucedido al ámbito de la omisión: el ingeniero se percata del fallo justo después de haber devuelto el vehículo, y el estudiante descubre la fruta venenosa justo

después de haberla servido. En estos casos probablemente a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garantía, pues el comportamiento previo (el único punto de conexión posible) no creó un riesgo especial del que tuviese que responder los intervinientes. En consecuencia, la responsabilidad se limitaría a la omisión del socorro.

De esta manera, dicho autor afirma que la relevancia jurídico- penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica.

b. Combinación de conocimientos y rol

A partir de lo desarrollado por Günter JAKOBS, él mismo fundamenta que en los casos antes enunciados nada hay que vincule al autor a la víctima aparte de la entrega de un objeto: el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del propio autor, ni tampoco está obligado a mostrar una preocupación especial, como se la debe, por ejemplo, el padre o la madre al hijo. No obstante, si el autor está vinculado a la víctima de algún modo, puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades. En consecuencia, se trata de determinar cuándo se vinculan conocimientos y rol. Para resolver el problema ha de diferenciarse entre las razones por las que a un autor le puede competir la realización del tipo: por un lado, la competencia por organización, por otro, la competencia institucional.

En el ámbito de la competencia por organización, afirma dicho autor, puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los standards habituales de seguridad; por ejemplo, cualquier propietario de un vehículo de motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo. En este caso, cualquier conocimiento -con independencia del modo en que haya sido adquirido- de que no se están respetando los standards obliga a desplegar una

actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación standard, pues, la desviación negativa respecto del standard ya constituye una perturbación, que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización. Por consiguiente, quien llega a saber que los frenos de su automóvil no están en las condiciones debidas, siempre lo vendrá a saber en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico, un vecino que de alguna manera se haya enterado o que el mismo se haya percatado al mirar casualmente debajo de su vehículo. En este caso, la situación normativa es totalmente distinta de la existente en el caso antes mencionado en el que un ingeniero devuelve un coche de alquiler, debido a que el ingeniero se encuentra en el rol de arrendatario de un automóvil y no es garante. En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medios del deber de mantener determinados standards, deber que existe con independencia del comportamiento que tiene lugar en un momento dado.

Sobre la base de ello, prosigue el maestro alemán, el vínculo entre conocimientos y rol también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir, conocimientos al margen del rol. Esta situación concurre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas. Si en el ejemplo antes mencionado del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consume un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que ha de responder de las consecuencias.

Continuando con los tipos de competencia, el autor sostiene que en la competencia institucional, conformada por una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido, incluye todo conocimiento que el garante tenga, de

modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. Se trata de la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos a su tutela. Cuando un hijo se encuentra en una situación de necesidad y los padres conocen una solución, este conocimiento, por lo general, pasa a formar parte de su rol de padres. En tal sentido, es cada rol lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno.

D. Realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgo

a. La explicación a través de tipos de riesgo

Günter JAKOBS explica que cuando se produce la lesión de un bien, resulta necesario explicar el suceso para poder volver a hallar acomodo en un mundo perturbado por el curso lesivo. Por un lado, las explicaciones pueden ser de índole cognitiva, por otro lado, la explicación puede tener lugar a través de la imputación, esto es, de modo normativo. Dependiendo del interés que rijan el análisis cabe dar distintas respuestas a la pregunta acerca de cómo ha de explicarse un daño. En este sentido, un viajero que en la sala de embarque haya descuidado durante cinco minutos la vigilancia de su cámara fotográfica, explicará su desaparición de manera normativa a través del comportamiento inadecuado de un ladrón; su compañía de seguros también optará por ofrecer una explicación normativa, que encontrará en la propia negligencia del viajero; un sociólogo - criminólogo puede que apunte como explicación cognitiva el progresivo grado de anonimidad de la sociedad, y un psicólogo que haga un informe del ladrón, una vez detenido éste, quizás explique el suceso también de modo cognitivo a través de determinadas experiencias del ladrón en su niñez.

Queda claro para el autor que las distintas perspectivas que en cada caso conducen a la selección de un determinado complejo parcial (se denominará a esos complejos parciales “*riesgos*”) pueden compatibilizarse unas con otras.

Desde la perspectiva jurídico - penal, sólo la lesión típica de condiciones de interacción aparece directamente como un complejo relevante de condiciones, esto es, riesgo (de aquí en adelante se denominará a ese riesgo “*comportamiento no permitido*”). En este ámbito, desde la perspectiva del Derecho penal es suficiente delimitar el comportamiento no permitido del siguiente modo: en primer lugar, si un determinado comportamiento no permitido se excluye, puede que otro comportamiento no permitido constituya la explicación; en segundo lugar, puede que la explicación venga dada por un comportamiento de la propia víctima que infringe sus deberes de autoprotección; finalmente, en tercer lugar, puede que no haya comportamiento defectuoso alguno, en cuyo caso se trata del infortunio de la víctima: *casum sentit dominus*.

Para un mejor entendimiento, el maestro alemán cita un ejemplo: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un fallo del conductor o, como primera alternativa, por el comportamiento defectuoso de una tercera persona que, por ejemplo, ha empujado al peatón sobre la calzada; como segunda alternativa puede que el propio peatón, infringiendo sus deberes de autoprotección, se haya expuesto al riesgo de ser arrollado y, como tercera alternativa, puede que todos los intervinientes se hayan comportado de modo correcto, en cuyo caso la explicación de lo que ha ocurrido la ofrece una situación desafortunada, como por ejemplo, que la calzada estuviese resbaladiza no siendo esto previsible, o también la desgraciada constitución de la víctima, como sería, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

Estando a dicho ejemplo, enseña JAKOBS que los riesgos enunciados no necesariamente han de atribuirse siempre a una única persona, sino que puede darse el caso de que su administración incumba a varios sujetos. En este sentido, puede resultar bastante claro que un riesgo competa conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce percibiendo que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo que entraña el trayecto.

También puede ocurrir que autor y víctima sean competentes en común. Esto sucede, por ejemplo, cuando un ciclista va en su bicicleta de modo descuidado, haciendo ligeras eses, y al mismo tiempo un automovilista lo adelanta no respetando completamente la distancia de seguridad necesaria; también en este caso han de responder ambos del riesgo. De una manera un tanto inexacta puede decirse que también concurre culpa de la víctima, más exactamente, que hay una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima.

3.4.2. El principio de confianza

A. Algunos problemas de interpretación

El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Mario MARAVER GÓMEZ⁵⁷, considera que el principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió a mediados del pasado siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, la jurisprudencia pretendía limitar el deber de cuidado de los conductores de automóviles, reconociéndoles la posibilidad de confiar, por regla general, en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico. Se trataba, en última instancia, de limitar el alcance del tradicional criterio de la previsibilidad, permitiendo a los conductores no estar pendientes en todo momento de las posibles o previsibles actuaciones incorrectas de los terceros. Con el tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido ampliando el ámbito de aplicación de este principio, susceptible de ser utilizado para determinar el deber objetivo de cuidado en todos aquellos casos en los que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la actuación incorrecta de un tercero, lo que

⁵⁷ MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho penal*. Publicado en "Imputación Objetiva", Editorial Idemsa, Lima - Perú, 2012, páginas 147 al 151.

Publicado también en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho*, Libro Homenaje a Santiago MIR PUIG, Madrid, 2010, páginas 381 al 404.

significa que, por regla general, no hay un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros.

Sin embargo, el mismo doctor asienta que los problemas surgen a la hora de interpretar el verdadero significado y alcance de este principio, como son:

1. El primer problema se encuentra en la posibilidad de definirlo realmente como un criterio de carácter general. A pesar de que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria tienden a definirlo de este modo, no faltan quienes o bien pretenden limitar su aplicación para determinados ámbitos como el del tráfico viario, o bien consideran que, en todo caso, la posibilidad de confiar no puede reconocerse como regla general, sino sólo a partir de un análisis de las circunstancias del caso concreto, afirmando, en este sentido, sólo una puntual protección de la confianza reservada para determinados contextos de educación.
2. El segundo problema tiene que ver con la imprecisión que presentan los presupuestos de aplicación del principio de confianza o las limitaciones que se establecen normalmente a la posibilidad de confiar. Se destacan dos limitaciones. La primera es la relativa a la existencia de circunstancias en el caso concreto que hagan pensar que el tercero va a actuar de manera incorrecta. El problema de esta limitación es que, al no precisar cuáles son esas circunstancias, amenaza con desvirtuar el principio, volviendo a los tiempos en los que lo decisivo era la previsibilidad. La segunda es la que se basa en los deberes de cuidado referidos precisamente a la conducta de los terceros. A medida que el principio de confianza se ha ido extendiendo a otros ámbitos de actuación distintos del tráfico viario, la doctrina ha ido destacando la necesidad de limitar la posibilidad de confiar en aquellos ámbitos en los que puede reconocerse la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros, por ejemplo, en ámbitos en los que se produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico

deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados. Con respecto a esta limitación, el problema ya no es sólo precisar la forma en la que esos deberes de cuidado limitan realmente la posibilidad de confiar, sino también determinar si la especial relación que se produce entre los sujetos en estos ámbitos de actuación ha de conducir necesariamente a poner en duda la validez del principio o a establecer incluso un principio de desconfianza.

3. Finalmente, el tercer problema que se plantea con respecto al principio se refiere a la concreta ubicación de este principio dentro de la teoría jurídica del delito y a su delimitación frente a otras categorías dogmáticas que tienen un significado y alcance parecido. En cuanto a su ubicación, lo que se discute es si puede ser concebido como un criterio de imputación objetiva susceptible de ser aplicado con independencia del carácter doloso o imprudente de la conducta del sujeto. En cuanto a su delimitación con otras figuras parecidas, el problema se presenta porque, según un importante sector de la doctrina, el principio de confianza no ofrece realmente un criterio de carácter independiente; por ejemplo, algunos lo identifican con el criterio de la previsibilidad, afirmando que la única razón por la que se puede confiar en que el tercero no se comporte incorrectamente es porque, por lo general, este tipo de comportamientos no son previsibles. Otros, en cambio, lo equiparan con el criterio del riesgo permitido, explicando que la posibilidad de confiar resulta de una previa delimitación del deber de cuidado basada en una ponderación de intereses.

B. Desarrollo

Según este principio, quien se comporta dentro del respeto de las normas de cuidado -riesgo permitido- puede válidamente confiar en que los demás harán lo mismo, siempre y cuando no existan, como enseña ROXIN, indicios concretos para suponer lo contrario. Y así, el chofer que se dispone a cruzar una calle con

semáforo en verde no precisa reducir la velocidad ante la posible infracción de otro conductor. De producirse un accidente con resultado lesivo la responsabilidad recaerá en el chofer infractor.

Este principio cede cuando la confianza en el comportamiento debido ajeno se muestra del todo inaceptable, como por ejemplo, cuando la conducta negligente de otro es percibida por el autor, o ante la presencia de niños y ancianos. De esta suerte, el principio de confianza retrocede cuando el chofer ve personas cruzando una carretera de alta velocidad prescindiendo del uso del puente peatonal, limitándose tan sólo a tocar el claxon a pesar de que pudo haber reducido la velocidad sin riesgo de colisión múltiple⁵⁸.

3.4.3. Autopuesta en peligro

A. Desarrollo

El criterio de la autopuesta en peligro, opera para excluir la responsabilidad del autor cuando la víctima decide voluntaria y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias, es decir, en aquellos casos en los que puede elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo.

También el profesor HURTADO POZO⁵⁹ considera que la autopuesta en peligro excluye la tipicidad de la conducta: *“Si la misma persona se coloca en una situación de peligro, no se puede tratar de imputar el resultado que se produce al tercero que lo originó o lo hizo posible. Debido a que la puesta en peligro*

⁵⁸ Ver al respecto:

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Autopuesta-en-peligro-y-exclusion-de-comportamientos-penalmente-relevantes.pdf>

⁵⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Grijley, Tercera Edición, Lima 2005, páginas 440 y 441.

voluntaria de sí mismo no es penalmente relevante, la injerencia del tercero no concierne al derecho penal”.

De este modo, a la víctima le deben ser imputados aquellas consecuencias lesivas producto de su propia negligencia (la víctima de una herida no cumple con el tratamiento para prevenir una infección y muere de septicemia. El resultado muerte, que no se hubiera producido sin la causación de la herida, no es objetivamente imputable al autor de ésta, pues su *posición de garante* no se extiende al comportamiento de la víctima) o de su propia voluntad (caso del suicida que se arroja desde un puente a una autopista de alta velocidad).

La jurisprudencia nacional no ha permanecido ajena a este tema, y, alineándose con el sentido doctrinal acabado de exponer, también otorga a la autopuesta en peligro el carácter de factor excluyente del tipo. Así, la Ejecutoria de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 4288-97-Áncash, del 13 de abril de 1998), señala que:

“no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable 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 jurídico relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos “el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia

excluyente del tipo penal” (Cf. JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1995, pág. 307) por lo que los hechos sub-examine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal...⁶⁰.

GARCÍA CAVERO señala la corrección de la sentencia en cuanto a la solución, mostrando su disconformidad en cuanto a la argumentación en alguna de sus partes. Y así por ejemplo, sostiene que el hecho de que un puente colgante sea una vía de acceso al tránsito -y no una plataforma bailable- no constituye una regla de la experiencia, como refiere la sentencia, sino manifestación del principio de confianza. Con lo cual, el organizador del festival podía confiar en que el puente cercano al lugar donde se llevaría a cabo el concierto, sería utilizado como vía de acceso y no como pista de baile. A no ser que por diversos indicios hubiese podido presumir un comportamiento incorrecto de los asistentes al festival.

Ejemplos similares -de imprudencia de la víctima- han determinado la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad penal. Como en el caso de la imprudencia del peatón, quien, cruzando la calzada por lugar indebido y en estado de ebriedad, sufre un accidente mortal; supuesto en el cual la Corte Superior de Lima absolvió al procesado (chofer de la camioneta) del cargo por Homicidio Culposo⁶¹.

En estos casos no se aprecia una heteropuesta en peligro consentida por la víctima, ni un supuesto de interrupción del curso causal, protección o tutela frente a la víctima derivados de un rol especial del autor. En algunos casos porque se pone en tela de juicio una autopuesta en peligro de manera libre y, en otros, porque se cuestiona una acción a propio riesgo de manera responsable. Por ejemplo, cuando la víctima se colocó en una situación riesgosa ante una grave amenaza del autor: mujer que al percatarse de que ha sido objeto de un secuestro

⁶⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, Lima 1999, Primera Edición, página 99.

⁶¹ Expediente N° 2380-98, resolución de fecha 07 de agosto de 1998.

por parte de un supuesto taxista se arroja del vehículo en marcha. Desde luego hay una autopuesta en peligro consciente (el arrojarse de un vehículo en marcha), no obstante, puede cuestionarse que esta sea libre o voluntaria.

En casos como estos lo que genera la autopuesta en peligro es la previa existencia de una puesta en peligro de sus bienes jurídicos por un tercero, siendo que la autopuesta en peligro se presenta como la vía de escape a una lesión segura⁶². Esta autora analiza el caso de dos personas que hacen *auto-stop*: en el primero, un muchacho que a poco de abordar un automóvil pretende ser asaltado por el conductor; el segundo, una joven que recogida por un conductor de camión, recibe por parte de éste insistentes proposiciones sexuales. En ambos casos, los conductores se negaron a detener sus vehículos, tal lo cual ambos jóvenes se vieron obligados a arrojarse de los mismos.

B. Necesidad de distinguir la heteropuesta en peligro consentida de la cooperación a una autopuesta en peligro

Con palabras de Claus ROXIN⁶³, la distinción entre autopuesta y heteropuesta en peligro se ha impuesto en la jurisprudencia alemana y también, ampliamente, en la doctrina. Hay buenas razones para ello. Pues aquél que no desencadena el suceso lesivo por sí mismo, sino que se expone al peligro originado por otro, se somete así, a un desarrollo imprevisible en el que a menudo no existe ya aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera a sí mismo en peligro; además, quien se expone a una heteropuesta en peligro normalmente no tiene el mismo conocimiento de la

⁶² ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*.

En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_94.pdf

⁶³ En:

<https://www.uam.es/otros/afduam/documentos/la%20polemica%20en%20torno%20a%20la%20heteropuesta%20en%20peligro%20consentida.pdf>.

capacidad del otro para dominar las situaciones arriesgadas que el que tiene para valorar la medida y los límites de su propia habilidad.

3.4.4. Prohibición de regreso

A. Desarrollo

Una institución que ha sido objeto de una verdadera evolución dogmática en el marco de la teoría general de la imputación es la prohibición de regreso⁶⁴. Su concepción actual dista mucho de su inicial formulación planteada por FRANK⁶⁵, para llegar a ser entendida como un criterio normativo de limitación de la participación criminal. Sin duda alguna JAKOBS fue quien con mayor acuciosidad ha protagonizado la reformulación de esta figura normativa para delimitar el ámbito de la tipicidad tanto para delitos dolosos como imprudentes⁶⁶. JAKOBS 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 tercero⁶⁷: «quien asume con otro un vínculo que

⁶⁴ Naturalmente, aquí no es posible ahondar en el aspecto histórico de la figura, por lo que, al igual que en el caso de los demás criterios normativos, se intentará esbozar una panorámica conceptual de la prohibición de regreso. Un detenido estudio sobre la evolución de esta institución puede encontrarse en ROXIN, «Observaciones sobre la prohibición de regreso» (trad. Sancinetti), en La prohibición de regreso en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 151 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 353 ss.; y ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 82 ss.

⁶⁵ Quien entendía que todo favorecimiento imprudente de un comportamiento doloso y culpable es necesariamente impune. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 355 ss.; CARO JOHN, La imputación objetiva, pp. 68 ss.

⁶⁶ Al punto que PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Un nuevo sistema de Derecho penal, p. 90, afirman que este replanteamiento de la prohibición de regreso la convierte en la «institución más original de la imputación objetiva».

⁶⁷ Al punto que PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Un nuevo

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»⁶⁸. Y es que, en efecto, en este nivel de análisis se debe partir de la noción básica de que el Derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas 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. Según lo entiendo, una consideración 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 diverso⁶⁹. Ello se debe, una vez más, a que el Derecho penal, en tanto sub-sistema 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. 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

sistema de Derecho penal, p. 90, afirmen que este replanteamiento de la prohibición de regreso la convierte en la «institución más original de la imputación objetiva».

⁶⁸ Al punto que PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Un nuevo sistema de Derecho penal, p. 90, afirmen que este replanteamiento de la prohibición de regreso la convierte en la «institución más original de la imputación objetiva».

⁶⁹ A título de ejemplo, puede verse las consideraciones de STRATENWERTH, PG, 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).

idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que sólo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso⁷⁰. 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 doctrina⁷¹. Una vez más, pues, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos como el del taxista⁷², el de la gasolinera⁷³ o el del acreedor homicida⁷⁴ (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 conjunta⁷⁵. 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. No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido común de la

⁷⁰ JAKOBS, PG, 24/13.

⁷¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, p. 349.

⁷² Que, como es sabido, nuestra jurisprudencia ya tuvo ocasión de resolver a través de la sentencia N° 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, *passim*.

⁷³ El empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un vehículo, percatándose que éste 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, pp. 111 s.

⁷⁴ Planteado por JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en Estudios, 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», 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...».

⁷⁵ CARO JOHN, La imputación objetiva, p. 82.

actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta. Así sucede en el caso del acreedor ya aludido o del 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 éste 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 éstas dado que no se trata de actos jurídicamente desaprobados dirigidos a favorecer hechos ilícitos. 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 servicios⁷⁶; 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”⁷⁷. 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 lado, no podría invocar una prohibición de regreso quien desvíe su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho⁷⁸. 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

⁷⁶ Como lo afirma CARO JOHN, La imputación objetiva, p. 59, ello supondría obligar a los actores sociales a convertirse en «expertos» o «adivinos» de los propósitos ajenos.

⁷⁷ JAKOBS, La imputación objetiva, p. 19.

⁷⁸ JAKOBS, La imputación objetiva, p. 19.

evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso⁷⁹. 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 lesivo⁸⁰. Lo propio en el caso del acreedor, en el supuesto de que éste exprese su intención de emplear el dinero para asaltar el Banco donde labora la esposa del deudor, resultando ésta, en efecto, posteriormente herida.

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)⁸¹. Por su parte, el principio de confianza opera, más bien, una vez constatado que el comportamiento de un tercero no se encuentra jurídicamente aprobado⁸², y sólo persigue decirnos si, pese a la incorrección en el obrar de las demás personas, a alguien le está permitido confiar en la actuación de éstas. 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.

⁷⁹ JAKOBS, «La imputación objetiva», 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, FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 407 ss.

⁸⁰ JAKOBS, «La imputación objetiva», 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, FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 407 ss.

⁸¹ CANCIO MELIÁ, Líneas básicas, pp. 117 s.

⁸² FEIJÓO SÁNCHEZ, Imputación objetiva, pp. 419 s

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELITO

1. Concepto de delito

Para VILLAVICENCIO TERREROS⁸³ el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Estos *“distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable”*⁸⁴.

Algunos autores añaden a la punibilidad como un elemento adicional en la definición del delito⁸⁵.

⁸³ VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, página 226.

⁸⁴ CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español, Parte general. Tomo II, 6º Edición, Editorial Tecnos Madrid, página 23.

⁸⁵ Joaquín CUELLO CONTRERAS establece que este elemento sólo se presenta en algunos casos delictivos excepcionales; mejor dicho, hay acciones típicas, antijurídicas y culpables que requieren de alguna circunstancia para que sean consideradas punibles.

El citado autor señala que la punibilidad ya está implícita en la caracterización de la acción punible como acción típica. La tipicidad, con carácter general, cumple la finalidad de dar satisfacción al principio de legalidad penal, estableciendo todos los requisitos de los que se requiere hacer depender la responsabilidad penal, no existiendo inconveniente alguno en entender que estas circunstancias adicionales de las que depende la punibilidad formen parte del tipo.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español, Curso de iniciación, Nociones introductorias*. Teoría del delito. 2º Edición, Tratados y Manuales, Cáceres, 1996, página 272 y 273.

Por su parte, MIR PUIG señala que la punibilidad, es *“una característica muy discutible que agruparía a ciertas condiciones positivas (condiciones objetivas de punibilidad) o negativas (causas personales de exclusión de la pena, excusas absolutorias) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que añadirían a la necesidad de la antijuridicidad y culpabilidad”*.

2. Significado de la teoría del delito

Para Santiago MIR PUIG⁸⁶, la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico - penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho penal positivo y a su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser -no es una construcción iusnaturalista-, sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

VILLAVICENCIO TERREROS⁸⁷ sostiene que la teoría del delito o teoría de la imputación penal, se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible. Esta es producto de una larga evolución de la dogmática penal. Tiene su campo de estudio en la parte general del Derecho penal.

Por su parte, ROXIN⁸⁸ considera que casi todas las teorías del delito que se han dado hasta la fecha son sistemas de elementos, es decir, desintegran la conducta delictiva en una pluralidad de características concretas -objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc.-, que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen de este modo como un mosaico para la formación del hecho punible. Este planteamiento conduce a aplicar una gran

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 7ª Edición, Editorial B de f, Julio César Faura Editor, Montevideo - Buenos Aires, 2004, página 150 y 151.

⁸⁶ MIR PUIG. 2011, páginas 135 y 136.

⁸⁷ VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, página 223.

⁸⁸ ROXIN, Claus. 2002, página 104.

agudeza a la cuestión de qué lugar corresponde a esta o aquella característica en el sistema del delito; de esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema.

Frank ALMANZA ALTAMIRANO y Oscar PEÑA GONZÁLES, definen a la teoría del delito como 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 humana⁸⁹.

Bajo este concepto, señalan como características propias de la teoría del delito:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- Son hipótesis, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar 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 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.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 4° reimpresión de la 2° edición, Cárdenas, México D.F., 1998, página 18.

Citado por: PEÑA GONZÁLES, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del delito. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Aplicación, Lima – Perú, 2010, página 19.

3. La teoría del delito en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho

Santiago MIR PUIG⁹⁰ considera que cada modelo de Estado exige una particular concepción del Derecho penal y su función. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero éste a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, éste ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicos, la pena y el delito: Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia.

4. La teoría del delito o del hecho punible como una teoría de la aplicación de la ley penal

4.1. Función de la teoría del delito

Para BACIGALUPO⁹¹, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal. Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías.

Desde este punto de vista, la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado, media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la

⁹⁰ MIR PUIG. 2011, página 137.

⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. 2º Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1999, páginas 203 al 204.

concreción de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley.

Los distintos conceptos o categorías que componen la teoría del delito provienen de una selección y generalización de los elementos que se repiten en la aplicación de cada disposición legal que establece un delito. En todo caso es preciso comprobar que alguien se comportó de la manera prevista en la ley, que este comportamiento no estaba autorizado en las circunstancias en las que tuvo lugar y que su autor tenía las condiciones personales requeridas para responsabilizarlo por la conducta ejecutada. De esta tripartición problemática de la aplicación de la ley penal surgieron las conocidas categorías de la teoría del delito de origen alemán que hoy designamos como acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

4.2. Los elementos del delito

El sistema actual de la teoría del delito está integrado prácticamente por las mismas categorías que en su origen, en el último cuarto del siglo XIX. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son desde hace un siglo las categorías básicas del sistema. De todos modos, la discusión y la polémica en torno a la teoría del delito es y ha sido continua. Sin embargo, no se discute el orden de las categorías, pues éste procede del fundamento lógico - normativo de los problemas generados por la aplicación de la ley penal, respecto del que el acuerdo es muy estable. Lo que se discute se refiere precisamente a la cuestión de la mediación entre la ley y los hechos que son objeto del juicio. La razón que explica esto es sencilla: aplicar la ley a un caso significa poner en relación un pensamiento abstracto (la ley) y un suceso real determinado. En consecuencia, se discute sobre cómo se debe establecer el material de hecho que es preciso considerar en la comprobación de cada categoría y cómo se lo debe configurar.

Por ejemplo: para verificar si el hecho constituye el supuesto prohibido por la norma, o dicho técnicamente: la tipicidad, ¿se debe tomar en cuenta sólo el aspecto formal exterior de su comportamiento, es decir, su vinculación causal con un determinado suceso o, por el contrario, es preciso considerar también lo que el autor supo y la dirección de su voluntad? Esta cuestión estuvo en la base de las discusiones que nutrieron la polémica entre finalistas y causalistas que ocuparon el centro de la atención científica en los años ´50 y comienzos de los ´60⁹².

VILLAVICENCIO TERREROS⁹³ en su explicación técnica sobre los niveles de la imputación penal, considera a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como los tres elementos que convierten una acción en delito. Estos tres niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar el hecho, cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina injusto a la conducta que las ofrece. En consecuencia, lo injusto es una conducta típica y antijurídica.

Pero la presencia de lo injusto no es suficiente para imputar un delito, pues además, resulta necesario determinar la imputación personal (culpabilidad), es decir, si el sujeto debe responder por lo injusto (sujeto culpable). En los casos que no se pueda imputar personalmente al sujeto lo injusto realizado (verbigracia, inimputable, error de prohibición inevitable, etc.), estaremos ante un sujeto no culpable.

Puede también ocurrir que, pese a la existencia del delito, no sea posible la punibilidad (por ejemplo, por la presencia de causas que excluyen o cancelan la punibilidad). Este no es un elemento del delito y debe estudiarse en el momento de la determinación judicial de la pena.

⁹² BACIGALUPO. 1999, página 204.

⁹³ VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, página 227.

4.2.1. La acción

A. El comportamiento humano como elemento del delito

Es tradicional empezar la definición de delito diciendo que es una “acción” o “comportamiento humano”. Y es cierto que en el Derecho peruano -como en otras legislaciones-, de entre todos los hechos del mundo, sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos. El artículo 11° del Código Penal dice: “*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*”. Aquí el delito es una especie del género comportamiento humano. Pero ello no significa ni que ésta sea la única concepción posible del delito, ni que resulte conveniente comenzar la comprobación de si un determinado hecho constituye delito examinando si concurre un comportamiento humano.

Tampoco es conveniente comenzar el análisis de los casos prácticos preguntando si concurre un comportamiento humano, antes de saber si el hecho puede caer en algún tipo penal. Para decidir si un determinado hecho constituye o no delito, lo primero que hay que hacer es comprobar si *prima facie* constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico - penal prevista en algún tipo de delito. Sería una pérdida de tiempo empezar examinando si concurre alguna causa de exclusión del comportamiento humano respecto a un hecho evidentemente atípico, como el pasear por la calle.

El concepto de “acción” o “comportamiento” que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos - de su “estructura lógico - objetiva” en el sentido de WELZEL-, sino que depende también de las exigencias del Derecho penal. Sin duda, los comportamientos relevantes para el Derecho penal existen antes de éste y con independencia de sus condicionamientos: el matar existiría aunque no se hallara penado por la ley. Mas también existen otros hechos que no pueden importar al Derecho penal ni ser incluidos en los conceptos de “acción” o “comportamiento” que aquí interesan. La

selección de los hechos jurídico - penalmente relevantes sólo puede efectuarse desde el prisma del Derecho penal⁹⁴.

Percy GARCÍA CAVERO⁹⁵ comprende que la acción jurídico - penal parte de la idea de que la acción no constituye algo ya determinado empírica u ontológicamente, sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal. Esto quiere decir que tal comprensión depende fundamentalmente de la función atribuida al Derecho penal.

Sobre esta base, puede sostenerse que la acción jurídico - penal es el resultado de un proceso complejo de atribución de sentido, en el que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no son más que partes de dicho proceso.

Por su parte, VILLAVICENCIO TERREROS⁹⁶ cree que se debe renunciar al estudio de la acción, *“pues, aunque hay que conceder que los datos de la dogmática jurídico - penal sólo caen en relación con el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, resulta necesario un concepto de acción al que puedan incorporarse como atributos estos elementos, y ello no sólo por razones gramático - constructivas”*⁹⁷. Sin embargo, en la evolución del Derecho penal, su concepto ha generado una intensa polémica.

⁹⁴ MIR PUIG. 2011, páginas 177 y 184.

⁹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Segunda Edición, Jurista Editores, Lima - Perú, 2012, páginas 358 al 360.

⁹⁶ VILLAVICENCIO TERREROS. 2006, páginas 261 y 262.

⁹⁷ JESCHECK, Hans - Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada - España, 1993, página 197.

4.2.2. El tipo y la tipicidad en general

A. Concepto

Enrique BACIGALUPO⁹⁸ concibe que una acción es “*típica*” o “*adecuada a un tipo penal*” quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La teoría del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal.

El tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma: “*matar a otro*” (artículo 106° del Código Penal), por ejemplo, es la descripción de la acción que infringe la norma que prescribe “*no matarás*”. Realizar un tipo penal significa, por ende, llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma.

En general, “*tipo*” es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma.

Para Claus ROXIN⁹⁹, el tipo está bajo el *leitmotiv*¹⁰⁰ de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática: los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen* y de él debe derivarse la estructuración dogmática. Incluso desde su punto de vista, el criterio diferenciador rector del sistema debe ser la forma en que se han llevado a cabo por el legislador las exigencias del principio *nullum crimen*. Si se dejan a un lado las formas atípicas extravagantes, se pone de relieve que para ello se dan dos

⁹⁸ BACIGALUPO. 1999, página 220.

⁹⁹ ROXIN, Claus. 2002, páginas 58 y 61 al 63.

¹⁰⁰ Del alemán leiten, “guiar”, “dirigir”, y motiv, “motivo”.

<https://es.wikipedia.org/wiki/Leitmotiv>

métodos fundamentalmente distintos, que el legislador aplica alternativamente. El primero consiste en la descripción, lo más precisa posible, de acciones: *“El que con violencia contra una persona o con amenazas, poniendo en peligro la integridad corporal o la vida, se apodera de una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente”* -ésta es una descripción de hechos internos y externos, que, conjuntamente, nos señalan a un ladrón en acción-. Se puede hablar aquí de un delito de acción. Del segundo método se sirve el legislador preferentemente allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la acción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña.

Prosigue ROXIN, tales tipos a los que denomina delitos consistentes en la infracción de un deber (o *“delitos improprios de acción”*), son -desde el punto de vista de su determinación- absolutamente equivalentes a los delitos de acción. En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente, cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida; en los delitos de acción penetra el autor, poniendo entonces desde fuera en peligro la paz, en ámbitos que por imperativo del Derecho debería haber dejado intactos.

Cuando se trata de la infracción de un deber nacido del papel social desempeñado, que constituye determinados tipos, es, desde el punto de vista de la problemática del *nullum crimen*, notoriamente indiferente el que esta infracción se realice por acción u omisión.

ROXIN¹⁰¹ aprecia al dolo como esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma que exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito: pero es igualmente relevante para la culpabilidad, porque debe delimitar la forma más grave de la culpabilidad de la más leve (la imprudencia) y por eso debe

¹⁰¹ ROXIN, Claus. 2002, página 106.

configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías.

4.2.3. La antijuridicidad

Claus ROXIN¹⁰² considera que 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.

La antijuridicidad es un concepto amplio, que indica que se está actuando contra el ordenamiento jurídico, sin embargo no todo comportamiento antijurídico es relevante para el derecho penal. De acuerdo al orden de los elementos de la teoría del delito y según el principio de legalidad, para que un comportamiento sea antijurídico primero debe ser típico. Pero no toda conducta típica se puede calificar de antijurídica, motivo por el cual se dice que la tipicidad es sólo un indicio de la existencia de la antijuridicidad -función indiciaria del tipo- por ejemplo, si “A” mata a “B”, realiza una conducta típica –art.106°- pero todavía no podemos afirmar que su conducta es antijurídica, ya que podría presentarse la figura de la legítima defensa.

4.2.4. La culpabilidad

Para Claus ROXIN¹⁰³, la responsabilidad penal supone dos cosas: la culpabilidad del autor y, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. La culpabilidad y la prevención se limitan así recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad. Pero la culpabilidad humana tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista preventivo.

¹⁰² ROXIN, Claus. 2002, página 59.

¹⁰³ ROXIN, Claus. 2002, página 08.

Continúa sosteniendo que la categoría delictiva que en forma tradicional denominamos culpabilidad tienen en realidad menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de sí, y hasta qué punto, en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena¹⁰⁴.

Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial. El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero), no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción, al mismo tiempo que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. 2002, páginas 59 y 60.

CAPÍTULO IV

TEORÍA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

1. Surgimiento y desarrollo

En la literatura se señala frecuentemente que los orígenes de la teoría de la imputación objetiva se encuentran sobre todo en las obras de *Larenz*, *Honig*, *Engisch* y *Welzel*. Ciertamente, cada uno de ellos contribuyó en el cambio de perspectiva en el análisis de tipicidad. Ellos cuestionaron de diversas formas que el enjuiciamiento de los comportamientos en el Derecho no debía estar basado únicamente en la causalidad, sino también en otros criterios de orden valorativo.

Desde una perspectiva orientada a la teoría general del Derecho, *Larenz* señaló que lo relevante en el juicio jurídico es determinar si lo causado por el sujeto se le puede imputar jurídicamente como su obra, lo cual, según su opinión, solo podría ser afirmado si el resultado fuese la materialización de su “voluntad”.¹⁰⁵ Para *Larenz* el criterio de la imputación es la “voluntad” humana, pues esta es la que mueve a actuar al hombre libre. Por su parte *Honig*, quien acuña la expresión “imputación objetiva” en el Derecho penal (1930), señala que para atribuir un hecho a una persona, se debe distinguir suficientemente entre el juicio de causalidad y juicio de imputación y en consecuencia, más allá de la comprobación de la relación de causalidad, es necesario un juicio de valor que el ordenamiento jurídico debe realizar sobre la misma. En el juicio de imputación, la finalidad del autor, manifestado en la acción, será la causa relevante para la atribución del resultado típico¹⁰⁶. Posteriormente, *Engisch* abordó el problema de la imputación en el Derecho en su famoso trabajo *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (1931). Él planteó, ya entonces, que toda imputación de resultados típicos debía suponer la realización del riesgo creado por el autor. Así, planteó el

105 *Larenz*. Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, p. 60 y ss.

106 *Honig*: “Kausalität und objektive Zurechnung”, en: Festschrift für Frank, 1930, T. I, p. 174.

caso de la causación de una lesión corporal en la víctima que provocó su tratamiento en un hospital donde finalmente muere, no producto de las secuelas de la lesión, sino por causa de un incendio en el hospital. *Engisch* negó la imputación de este resultado, basado en el razonamiento de que en el resultado muerte no se había realizado el peligro que entrañaba las lesiones causadas.^{107 108} Casi contemporáneamente, *Welzel* plantea su tesis de la “adecuación social” como criterio para imputar jurídico-penalmente los resultados causalmente provocados. Según su concepción presentada en su obra *Studien zum System des Strafrechts* publicada en 1939, las conductas socialmente adecuadas, pese a ser causantes del resultado típico, no realizarían el tipo objetivo de un delito. En el famoso caso del sobrino que envía a su tío al bosque en medio de la tormenta con la esperanza de que un rayo lo alcance y muera para así poder heredarlo, *Welzel* señaló que dicha acción no realizaba el tipo objetivo del delito de homicidio o lesiones, pues se trataba de un comportamiento adecuado socialmente. Lamentablemente, años después, *Welzel* abandonó su tesis primigenia para resolver este caso recurriendo al tipo subjetivo y negando el dolo de matar. Como bien ha señalado *Schünemann*, con el advenimiento del finalismo y el traslado del dolo a la tipicidad, la doctrina empezó a resolver estos casos con ayuda de la teoría del dolo, cayendo en el olvido estos iniciales esfuerzos por normativizar el tipo objetivo.¹⁰⁹

Recién en 1972 sería *Claus Roxin* quien funda la moderna teoría de la imputación objetiva, tal como se la conoce hoy en día. La importancia del aporte de *Roxin* a la teoría de la imputación objetiva ha sido reconocida de forma generalizada. Así lo han puesto de relieve *Schünemann* y *Cando Meliá*, dos juristas muy cercanos a nuestra doctrina con líneas de pensamientos distintas. *Schünemann*¹¹⁰, en su estudio sobre la imputación objetiva, ha señalado que el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva se debe a *Claus Roxin*, quien trató la problemática con el

107 *Engisch*: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, p. 61.

108 *Welzel*: “Studien zum System des Strafrechts”, en: ZStW 58 (1939), p. 491 y ss.

109 *Schünemann*, en: Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del nuevo milenio, idemsa, Lima 2006, pp. 325 y s.

110 *Schünemann*, (nota 5), p. 326.

criterio de la “creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”. Por su parte, *Manuel Cando Meliá*¹¹¹ ha señalado en su estudio sobre la teoría de la imputación objetiva publicado el año 2004 en Argentina, que “en la modalidad en la que es aplicada, desarrollada, y discutida en la actualidad, no cabe duda alguna de que la teoría de la imputación objetiva es debida en lo fundamental a varios artículos de *Roxin* publicados a principios de los años setenta del siglo pasado”¹¹².

En efecto, en 1972, *Claus Roxin* publicó en Munich su artículo titulado “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” (*Consideraciones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*), donde planteó los fundamentos de la moderna teoría de la imputación objetiva.¹¹³ Sobre la base de una crítica al causalismo, pero también al finalismo, él planteó que la tipicidad debía contener un juicio normativo del comportamiento humano. Según *Roxin*, la imputación normativa debía basarse en el *principio de riesgo*, lo que permitiría en los delitos de resultado fundamentar una teoría general de la imputación apartada totalmente del dogma causal.¹¹⁴ En adelante, el juicio de tipicidad no se debía agotar en la constatación de una relación de causalidad entre acción y resultado, sino que se debía comprobar que la acción del agente creó un riesgo jurídicamente no permitido y que este riesgo se-materializó en el resultado típico, debiendo dicho riesgo, además, estar comprendido en el ámbito de protección de la norma, es decir, para verificar la relevancia típica del comportamiento, a la constatación de una relación de causalidad debía adicionársele un juicio normativo de imputación.

La teoría de la imputación objetiva propuesta por *Roxin* rápidamente se impuso en la doctrina y jurisprudencia, no solo de Alemania¹¹⁵, sino también de todos los países que compartimos el análisis sistemático basado en la teoría del delito.¹¹⁶

Cando Meliá: Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001.

112 *Cando Meliá*. (nota 7), p. 423.

113 *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en: *Strafrechtliche Grundlagen- problemen*, 1972.

114 *Claus Roxin*. (nota 9), p. 126.

115 *Schünemann*, (nota 5), p. 326.

116 *Pérez Alonso*, Esteban J.: “Notas sobre la imputación objetiva en el derecho penal”, en: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de derecho penal* (coord. Dr. Raúl Pariona Arana), Grijley,

En la actualidad, casi todos los tratados y manuales de Derecho penal comparado asumen la teoría para la explicación del tipo objetivo. Como bien ha anotado *Gimbernat Ordeig*, la teoría de la imputación objetiva se ha convertido, en los últimos treinta años, en el referente doctrinal más importante para explicar con mayor solvencia dogmática la teoría del delito¹¹⁷.

2. La imputación objetiva en el derecho penal peruano

Debido al vínculo permanente entre el Derecho penal alemán y el Derecho penal peruano, la teoría de la imputación objetiva fue asumida tempranamente por la doctrina peruana. Poco después, por influencia de la doctrina, también los tribunales de justicia de nuestro país la asumieron como una teoría válida para la resolución de casos. Sin embargo, en nuestro país no se produjo una discusión ni debate sobre el sentido, alcances y verdadera utilidad de la teoría. Fue asumida “automáticamente” y aún hoy se la acepta como si su validez fuese evidente. Es probable que a ello se deba el modo poco ordenado y hasta distorsionado como ha sido asumida la teoría por nuestra jurisprudencia.

A. La doctrina

En la doctrina nacional existe un consenso casi unívoco respecto a la validez y utilidad de la teoría de la imputación objetiva. En los tratados, manuales y artículos que tratan el tema, se la asume como de evidente validez. Es unánime la consideración de que la realización del tipo objetivo supone además de la relación de causalidad, una relación normativa de imputación objetiva basada en criterios normativos.

Felipe Villavicencio Terreros ha señalado categóricamente que la teoría de la imputación objetiva, actualmente, “se dirige a convertirse en una teoría general de

Lima 2010, p. 87.

117 Cfr. *Gimbernat Ordeig*, Enrique: “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad”, en: *Dogmática del Derecho penal material y procesal y política criminal contemporánea*, Gaceta Jurídica, Lima 2014, T. I, p. 276.

la conducta típica”¹¹⁸, ya que al autor de la acción no se le atribuye sólo el resultado, sino todos los elementos del tipo penal objetivo. Por su parte, *José Hurtado Pozo* y *Víctor Prado Saldarriaga* consideran que la teoría de la imputación objetiva constituye, a diferencia de las teorías causa- listas, el avance para determinar la responsabilidad penal del autor del delito en base a la verificación de que su comportamiento ha realizado un resultado típico. En opinión de estos profesores, la imputación objetiva ha incorporado los mecanismos necesarios para reforzar el respeto a las normas de conducta promovidos por la sociedad¹¹⁹. Para *Javier Villa Stein* la imputación objetiva viene a satisfacer la insuficiencia del dato fáctico, elemento esencial de la teoría de la causalidad, con la implementación del dato “valorativo-jurídico”, el cual permite determinar si la relación causal tiene “relevancia jurídica-penal para los fines del derecho penal”¹²⁰.

De otro lado, desde una perspectiva funcional normativista, *José Antonio Caro John*, quien ha realizado una magnífica investigación sobre la prohibición de regreso como criterio de la imputación objetiva¹²¹, considera que la teoría de la imputación objetiva, a diferencia de las teorías causalistas, permite identificar la tipicidad de la conducta, no por un cambio fenomenológico externo, sino a través, de lo que él llama, “significado antinormativo”¹²² de la acción. Según este autor, para referirnos con precisión al concepto de imputación jurídico-penal, la imputación objetiva debe configurarse en cuatro formas de expresión: normativo, social, personal y valorativo.¹²³ Por su parte, *Iván Meini*, en sus *Lecciones de Derecho penal* señala que la imputación del comportamiento se debe hacer sobre la base de la determinación de si el comportamiento es de riesgo típico, es decir, si tiene, *per se*, entidad suficiente para poner en peligro al bien jurídico protegido

118 *Villavicencio Terreros*, Felipe: Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima 2006, pp. 321 y s.

119 *Hurtado Pozo*, José y *Prado Saldarriaga*, Víctor: Manual de Derecho penal. Parte general, 4ª ed., Idemsa, Lima 2011, T. I, p. 419 y s.

120 *Villa Stein*, Javier: Derecho penal. Parte general, ARA, Lima 2014, p. 297; *Paredes Vargas*, César Augusto: Imputación objetiva en el derecho penal, Unidad de Posgrado de la UNM- SM, Tesis de Maestría, Lima 1998.

121 Su obra titulada *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot* ha sido publicada en Alemania en el año 2007.

122 Cfr. *Caro John*, José Antonio: Manual teórico-práctico de la teoría del delito, ARA, Lima 2014. p. 48. Con mayor detalle sobre el criterio de la prohibición de regreso, véase su obra *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot*, pp. 55 y s.

123 *Caro John*: Manual teórico-práctico de la teoría del delito, p. 48, desarrolla las cuatro formas de imputación: “imputación normativa, infracción de un deber; imputación personal, competencia del sujeto; imputación social, defraudar la expectativa social; y la imputación valorativa. atribuir a la conducta un criterio socio-normativo comunicativamente estabilizador”.

en la concreta situación en que se desarrolla; luego, la entidad lesiva se determinará mediante un juicio de valor que recae sobre el riesgo mediante la aplicación de principios jurídico-penales en sede de tipicidad, lo cual se apreciarían cuando se revisan los denominados criterios de imputación objetiva que la doctrina ha sistematizado para orientar el juicio de tipicidad a través de la interpretación teleológica, como en los criterios de prohibición de regreso o el principio de confianza.¹²⁴ Por su parte, *Percy García Caveró* considera que, en la actualidad, la teoría de la imputación objetiva no solo ha superado los atisbos que la asemejaban únicamente a los delitos de comisión dolosa, sino que ha ampliado el margen de aplicación, extendiéndose a las demás formas de comisión delictiva: delitos dolosos y culposos, de actividad y de resultado, de peligro y de lesión, acción y de omisión. En opinión de este autor, la imputación objetiva “vino a corregir con criterios normativos la determinación de la relación de causalidad”¹²⁵.

B. La jurisprudencia

Si bien paulatinamente, la teoría de la imputación objetiva ha sido asumida de manera expresa por la jurisprudencia de nuestro país.¹²⁶ Hoy se puede observar que diversos tribunales de diversas instancias la aplican regularmente. La propia Corte Suprema de la República considera a la teoría de la imputación como doctrina válida para el examen de tipicidad y la ha aplicado en diversos pronunciamientos, incluso en el Acuerdo Plenario N° 03-2010, la ha establecido como doctrina legal y ha obligado a todos los tribunales de justicia a invocarla. Sin embargo, como ya se indicó, la asunción y aplicación de la teoría por la jurisprudencia no ha sido siempre correcta, observándose más bien una falta de claridad en la definición y aplicación de los diversos criterios e incluso hasta una

124 Cfr. *Meini*, Iván: Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, pp. 172,174 y s.

125 *García Caveró*, Percy: Derecho penal. Parte general, 2- ed., Jurista Editores, Lima 2012, p. 406; *Pinedo Sandoval*, Carlos: Imputación objetiva: introducción a sus conceptos elementales, Palestra, Lima 2013, pp. 81 y s.; *Villavicencio Terreros*: (nota 16), p. 322.

126 Un trabajo relevante en este sentido es el realizado por Felipe *Villavicencio Terreros*, “La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana”, incluido en la presente obra (pp. 29-56).

franca distorsión de sus postulados. Esto se debe a la manera poco reflexiva como fue asumida la teoría por el Derecho peruano.

Existen múltiples pronunciamientos de nuestros tribunales asumiendo la teoría de la imputación objetiva. Un primer pronunciamiento sobre la validez general de la teoría señala “que, siendo así, de la revisión y análisis de lo actuado se advierte que tanto la materialización del delito así como la responsabilidad penal del acusado se encuentran debidamente acreditadas; pues, además de la verificación del nexo causal existente entre la conducta del procesado con el fallecimiento del agraviado, se tiene que este resultado le es objetivamente imputable, 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 de cuidado incurrida por el acusado; lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido, materializado en el resultado materia de autos (...)”¹²⁷.

Otra decisión judicial se pronuncia expresamente señalando: “que, en este sentido lo contrario sería afirmar que el riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado, desemboca definitivamente en la penalización del conductor, cuando produce un resultado no deseado; ya que sería aceptar que el resultado es una pura condición objetiva de penalidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible; sin embargo, tal absurdo se desvanece en el ámbito doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que⁴ aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción (...)”¹²⁸.

También se observa, en diversos pronunciamientos, que uno de los criterios de imputación que mejor se ha adaptado a la jurisprudencia nacional es el “*principio*

127 Expediente N.^B 5032-97, Lima, 2 de noviembre de 1998.

128 Expediente N.² 550-98, Lima, 24 de abril de 1998.

de confianza”. Según este principio, el agente tiene una expectativa de confianza respecto a la actuación de los demás, confía en que el otro actuará dentro de los márgenes del riesgo permitido. En efecto, en este sentido, el tribunal de justicia ha señalado en un caso muy conocido “que la acusada por sus condiciones personales (abogada y congresista de la República) tenía el deber de hacer una designación cumpliendo las exigencias y requisitos de la normatividad antes señaladas, (...); el rol de la inculpada Elsa Canchaya Sánchez en su condición de Congresista de la República, era designar a su personal de confianza y cumplir con la normatividad en dicha designación, función que la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República, esperaba se cumpla correctamente, en virtud del principio de confianza (categoría de la imputación objetiva), que debe prevalecer en un régimen de división de roles; y que en mérito a dicha designación o nombramiento la Dirección de recursos humanos del Congreso de la República, procedió a contratar a Jacqueline Simón Vicente como asesora del despacho congresal de Elsa Victoria Canchaya Sánchez (,..)¹²⁹”.

Sobre este mismo criterio de imputación, la Corte Suprema ha señalado en el Recurso de Nulidad N° 1666-2006 que la “cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido genera, conforme al criterio de imputación objetiva el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén (,..).”¹³⁰

Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado sobre otro importante criterio de la imputación objetiva: “la prohibición de regreso”. Este es el criterio que permite delimitar la participación de aquellas personas que materializan su intervención

129 Corte Superior de Justicia del Perú - Sala Penal Permanente, Expediente N.º 07-2007, Sentencia contra Elsa Canchaya Sánchez, de fecha 7 de octubre de 2009.

130 Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N.º 1666-2006, de 25 de julio del 2007.

mediante comportamientos neutrales. Este criterio ha contribuido a definir mejor los contornos y límites de la participación. La Corte Suprema se ha pronunciado al respecto en el famoso caso del taxista, quien cumpliendo un rol, intervino en la comisión de un delito de robo agravado, señalando:

“Que si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que, aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad (...)”¹³¹.

La Corte ha validado este criterio de imputación objetiva en otro de sus pronunciamientos, Recurso de Nulidad N° 3538-2007, donde ha subrayado que: “es de aplicación el filtro de imputación objetiva referido a la «prohibición de regreso», por el cual no es operante imputar responsabilidad a quien realiza un comportamiento de modo estereotipado e inocuo sin quebrantar su rol como ciudadano, no pudiendo responder de la conducta ilícita de terceros. En este sentido la eventual conducta delictiva de los acusados Juan Carlos Terán Guerra y Alfredo Francisco Toral Morales no puede «rebotar» o regresar a las acusadas quienes en función a sus actividades regulares desarrollaron una conducta neutral o cotidiana (...)”¹³²

La validación más importante de la prohibición de regreso, como criterio de imputación objetiva, hecha por nuestra jurisprudencia es la realizada por el Pleno de la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 03-2010, donde, en el marco de la discusión sobre la relevancia penal de la actuación de los abogados en defensa de personas acusadas por el delito de lavado activos, ha señalado que: “ 24 (...) En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. (...) 25. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la

131 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia N° 4166-99, del 7 de marzo de 2001.

132 Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N° 3538-2007, Callao, de 6 de marzo de 2008.

defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generar en ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. (...) 26. (...) De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propios de sus negocios standard, no actúan premunidos por esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. (...)”¹³³

Finalmente, otro criterio sobre el cual se ha pronunciado la Corte Suprema es el de la “imputación al ámbito de responsabilidad de la propia víctima”. La doctrina y jurisprudencia nacional entienden por imputación a la víctima como aquella acción de incremento del riesgo no permitido que el sujeto realiza sobre sí mismo. En estos casos, la jurisprudencia considera apropiado imputar el resultado a la competencia de la propia víctima. Un caso emblemático en la jurisprudencia nacional fue la autopuesta en peligro de un grupo de jóvenes durante un concierto de rock, quienes se posicionaron a sabiendas del riesgo en un puente que terminó colapsando y desplomándose. El tribunal señaló que los resultados no podían ser imputados a los organizadores, sino a las propias víctimas. Así señaló que: “la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable 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 (...)”¹³⁴.

En el Derecho penal moderno, peruano e internacional, la teoría de la imputación objetiva juega un rol fundamental en la identificación de los comportamientos penalmente relevantes. No basta ya la simple relación causal, sino que el análisis de tipicidad debe hacerse en función de criterios valorativos-normativos que tengan como principio fundamental al riesgo permitido: un comportamiento será

133 Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, fundamentos 24, 25 y 26.

134 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia N.º 4288-97, del 13 de abril de 1998.

penalmente relevante únicamente si crea un riesgo no permitido, que luego se materializa en el resultado típico y que además, está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma.

3. La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana

El derecho penal peruano viene experimentando una interesante evolución en cuanto a los criterios de imputación penal, por ello, en este trabajo, procedemos a revisar algunas de estas tendencias vinculadas a la imputación objetiva, partiendo de la conocida causalidad como presupuesto de esta imputación para luego introducirnos en la problemática específica de las líneas que la doctrina y la jurisprudencia nacionales vienen aceptando.¹³⁵

En principio, la idea de que la conducta humana causa un resultado y que el resultado que provenga de ella tendrá significación jurídico-penal, es lo que orienta la determinación de la causalidad. Para tipificar una conducta a un tipo legal, es necesario comprobar la relación existente entre esta conducta y el resultado típico, confirmando con ello que una es la concreción de la otra¹³⁶, es decir, que exista una relación suficiente entre ellas.¹³⁷ Solo en pocas infracciones se plantea esta problemática, principalmente en homicidios, lesiones, incendios. Por ello, no debe sobrevalorarse el papel de la causalidad. Así, constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vínculo jurídico entre la

* Publicado originalmente en *Derecho PUC*, N.º 60, Lima, 2007.

136 BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5- ed., Akal, Madrid, 1998, p. 172. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 242.

137 JESCHECK, H.H. y T. WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 297.

acción y el resultado.¹³⁸ Este segundo aspecto no es más que “el juicio normativo de la imputación objetiva”,¹³⁹ en relación con los delitos de resultado.

Con anterioridad, la causalidad era planteada como una problemática fuera del ámbito de la teoría del tipo. Los autores peruanos sistemáticamente ubicaron a la causalidad como elemento de la acción,¹⁴⁰ pero en la actualidad, es dominante la identificación de la relación de causalidad como presupuesto del tipo objetivo.¹⁴¹ “Para llegar a este punto ha sido preciso asumir que la conducta humana es valorada en los tipos penales en su totalidad, lo que significa que la capacidad causal de los actos del hombre ha sido también considerada, y por ello no es típica cualquier “causación” de un resultado, sino solo las “causaciones” que forman parte “inescindible” de un comportamiento injusto”.¹⁴²

Si bien muchas opiniones se han ensayado sobre la naturaleza de la causalidad, en la práctica las más conocidas son la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia típica. Sin embargo, a nuestro criterio el método más apropiado es el que proporciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, propuesta por el procesalista Julius Glaser y desarrollada posteriormente por el magistrado alemán M. von Buri, quien lo llevó a la práctica y viene a ser la expresión máxima de las denominadas teorías generalizadoras. Su idea básica es que todas las condiciones que concurren en un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Una condición es causa del resultado si suprimiéndola mentalmente, el resultado no se hubiera producido

138 Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Tipicidad e Imputación objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 108; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1996, p. 242; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002, p. 263.

139 DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pp. 108-109.

140 BRAMONT ARIAS, Luis. *Derecho penal. Parte general*, 3- ed., tomo I, Editorial Vilok, Lima, 1978, p. 329; HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2- ed., Lima, 1987, pp. 341 y ss.

141 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3- ed., Lima, 2005, pp. 420 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3- ed., Grijley, Lima, 1997, pp. 302 y ss.; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 218 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000, p. 133; BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Código Penal anotado*, 4- ed., Lima, 2001, p. 34.

142 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2- ed., Aranzadi, Navarra, 2000, p. 319.

(*conditio sine qua non*). Sin embargo, estas formulaciones solo permiten comprobar la existencia del nexo causal cuando la investigación científica ha logrado descubrir la ley causal correspondiente. En el supuesto inverso no podrá constatarse la relación causal. Se considera relevante a efectos penales la comprobación del nexo causal, desde el punto de vista de las ciencias naturales. Así, esta teoría tiene la peculiaridad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido.¹⁴³ Si bien, podemos rescatar de esta teoría la ventaja de no dejar vacíos “ni lagunas jurídicas al igualar causa a condición”¹⁴⁴, las críticas a la teoría de la equivalencia se han dirigido a su indeterminada extensión y amplitud, ya que al considerarse equivalentes todas las condiciones, se genera una cadena causal infinita (la conducta de los trabajadores de una fábrica de explosivos estaría en relación causal con todos los resultados delictivos que se realizaran con el uso de sus productos).

En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado. Así, por este camino se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación' del aspecto objetivo del tipo.¹⁴⁵ Además, se considera que la imputación objetiva es una exigencia producto del principio de culpabilidad.^{146 147}

143 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General*, 4- ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 148, num. 18.

144 DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 111.

145 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 64. Véase, FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. Manuel Cando Meliá, Biblioteca de autores extranjeros, Grijley, Lima, 2001. Vid. también Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en RECPC [*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*] 05-05 (2003): <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>> [p. 9].

HURTADO POZO plantea que “conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva” (*Manual de derecho penal. Parte general*, 3- ed., cit., p. 433, num. 1136).

146 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1999, T. I. p. 219. Cfr. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, cit., [p. 11].

147 La imputación objetiva ubica sus antecedentes en los postulados de la teoría de la relevancia típica, donde buscaron bases jurídicas y no naturales en la relación de acción y resultado. Se parte del pensamiento filosófico de HEGEL (el idealismo crítico) que luego, serán desarrolladas como precedentes de la imputación objetiva por Kari LARENZ y Richard HONIG (Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena, *Imputación*

La imputación objetiva no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, sino que es una exigencia general de la realización típica.¹⁴⁸ En este sentido, la causalidad entre una acción y su resultado solo puede constituir una parte del elemento “imputación objetiva”. La causalidad va implícita en ese juicio de imputación. Un primer límite mínimo para la realización típica es la causalidad natural. Luego, seguirá la realización de los restantes presupuestos de la imputación objetiva.¹⁴⁹ La jurisprudencia peruana considera también que no basta con el nexo causal sino que se requiere además de 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 la causalidad natural. Lo relevante no es la comprobación de la conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo, sino si a esta puede objetivamente imputársele la producción del resultado.¹⁵⁰

Es bastante aceptado que luego de verificada la causalidad natural, la imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado¹⁵¹ y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos

objetiva, Temis, Bogotá, 1989, p. 65; BERDUGO, Ignacio, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1999, p. 168). Vid. ROXIN, Claus / JAKOBS, Günther / SCHÜNEMANN, Bernd / FRISCH, Wolfgang / KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 23; ZAFFARONI, Eugenio R. / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 442.

148 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7- ed., Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 254.

149 ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, clt., T. I, p. 346.

150 Sentencia de la primera sala penal para procesos con reos en cárcel del 24 de noviembre del 2004, Exp. N° 306-2004, fundamento vigésimo quinto.

151 Jurisprudencia en materia de imprudencia: “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 solo son Imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción”. (Exp. N.º 8653-97, de 6 de agosto de 1998. Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. En ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal I*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 628).

dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.¹⁵² A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva del resultado.

4. Riesgo permitido

El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. “No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción”.¹⁵³ Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellos implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá el riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo.

Dice Jakobs: “En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado”.¹⁵⁴

No es pacífico el debate sobre la ubicación sistemática del riesgo permitido y su contenido jurídico-penal. Así, “un sector lo equipara total o ampliamente con la

152 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 364.

153 BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, cit., p. 188.

154 JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 27. Las tradiciones de una determinada sociedad han jugado un papel importante en relación a la permisibilidad de ciertos riesgos, a tal grado que se han convertido en costumbres.

adecuación social, otro lo separa de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riesgo permitido en los delitos dolosos; y entonces solo se reconoce como causa” de justificación de delitos imprudentes”.¹⁵⁵ Es decir se entiende al riesgo permitido como una causal de exclusión de la imputación objetiva del tipo penal, como “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida”.¹⁵⁶

El riesgo permitido frecuentemente se encuentra regulado normativamente (ejemplo: tráfico automotor, funcionamiento de industrias, prácticas deportivas, etcétera.), pero no siempre, pues existen ámbitos donde se carece de dichas regulaciones (ejemplo: *lex artis* de la actividad médica, construcción, cuidado de niños, etcétera.). Por otro lado, también deben incluirse aquellos casos en los que el elemento preponderante es la “normalidad social” de la conducta que genera el riesgo.¹⁵⁷

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

Por otro lado, se excluye la imputación cuando medie disminución del riesgo en los que el agente “obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido,

155 ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 371. Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1995, p. 245 y ss.

156 Loe. cit.

157 CANCIO MELIÁ en DÍAZ-ARANDA, Enrique y CANCIO MELIÁ, Manuel, *La imputación objetiva del resultado a la conducta*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 23.

pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor”.¹⁵⁸ Con la modificación del curso causal por parte del sujeto activo se disminuye el peligro y con ello se mejora la situación del bien jurídico. Es conocido el ejemplo del sujeto que busca desviar un objeto pesado que cae en dirección a la cabeza de otro, pero solo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo. Por lo tanto, hay que excluir la imputación de la conducta, porque sería algo absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido.¹⁵⁹ Lo problemático está en qué medida el sujeto reduce el riesgo. Exigirle al sujeto que optimice sus posibilidades de protección estará en función a si el autor es garante o no de la protección al bien jurídico, por ello, parece razonable que en dichos supuestos opere el consentimiento presunto.²⁵

Existen supuestos de riesgo insignificante en los que *ex ante* no se da un riesgo suficiente. Este principio implica la falta de significación social de la conducta y la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido, y se extiende a la estructura de los tipos penales. Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación.¹⁶⁰ “La exclusión de la tipicidad penal no procede en estos casos de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce”.¹⁶¹ Ejemplo: el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo o en un ascensor, no comete delito de secuestro.

158 BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, cit., p. 190.

159 Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 365-366.

de la afectación). Hans WELZEL (*Derecho penal alemán, Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 84) incluye las lesiones insignificantes, privaciones de libertad irrelevantes, juegos en pequeñas cantidades, entrega de regalos de escaso valor para año nuevo, etc. en el desarrollo de su teoría de la adecuación social. MIR PUIG las separa, “porque no supone la total aprobación social de la conducta, sino solo una relativa tolerancia de las mismas por su escasa gravedad” y coloca como ejemplos las faltas deportivas, empujones y molestias en los transportes, etc. (*Derecho penal. Parte general*, 2- ed., Barcelona, 1985, p. 461).

161 MIR PUIG, Santiago, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, p. 16. Disponible (en línea): <http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf>

5. Principio de confianza

Este principio es de muy interesante aplicación en nuestras actuales sociedades, pues supone que cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido, no cabe imputarle penalmente la conducta. Así, por ejemplo, si el conductor que respeta las señales del tráfico automotor espera que los demás también lo hagan y si alguien cruza la calzada en “luz roja” y se produce un accidente con lesiones en las personas, estas no les serán imputables. Se requiere de este principio solo si el sujeto “que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso”.¹⁶² Creemos que este principio de confianza no solo está limitado al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, pues también es posible en los delitos dolosos. En la jurisprudencia peruana se aplica este principio en el siguiente caso:

Caso del transportista que utiliza una tarjeta de propiedad falsa:

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

JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 254.

encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido.¹⁶³

Resulta necesaria una división del trabajo para que “los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia, sino solo determinadas, y estas solo con atención no dividida”.¹⁶⁴ Siendo así decaería la posibilidad de confianza permitida, por ejemplo, cuando al competente en sí le falte el conocimiento de las reglas o la posibilidad de seguirlas, o cuando es función de un participante compensar el comportamiento defectuoso de otros.¹⁶⁵ Tiene importancia práctica ante los constantes contactos anónimos, donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos y en actividades o trabajos peligrosos que se basan en un reparto de funciones en beneficio social. “El principio de confianza no solo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos”.¹⁶⁶

6. Prohibición de regreso

En el derecho penal se ha experimentado una evolución de esta teoría desde su antigua formulación entendida como una “condición previa” para limitar a la causalidad, hasta la actual en el marco de la imputación objetiva.¹⁶⁷ En su formulación original se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso. En la actualidad, la

163 Exp. N° 142-06, Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Corte Superior de Justicia de Lima, dos de abril de dos mil siete (séptimo considerando).

164 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 255.

165 Loe. cit.

166 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, monografías penales 2, Instituto Peruano de Ciencias Penales / Grijley, Lima, 2002, pp. 300-301.

167 Véase la evolución histórica de la prohibición de regreso: REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, reimpr., Temis, Bogotá, 1995, pp. 320-330. Sobre la reformulación de la prohibición de regreso y su actual importancia en la teoría de la imputación jurídico-penal, véase CARO JOHN, José A., *La imputación objetiva en la participación delictiva. Comentarios a la jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2003. Vid. ÍDEM, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten- Regressverbot. Studienzum Strafrecht Band 11*, Nomos/Dike, 2007.

prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero.¹⁶⁸ Así, el comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio.¹⁶⁹ La jurisprudencia peruana viene aceptando estas formulaciones de la doctrina penal, como por ejemplo aquí:

Caso del transportista de carga:

Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino 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.¹⁷⁰

La problemática de los conocimientos especiales (entrenamiento, formación especiales) que pueda tener el sujeto, creemos que no han de tomarse en cuenta.¹⁷¹ En todo caso, solo de una manera subsidiaria podrá surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el

168 JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 30.

169 ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., 2005, p. 397: vid. ia distinción entre roles banales y no banales.

170 Eiecutoria suprema del 25 de noviembre del 2004, R. N. 552-2004 Puno, considerando tercero.

171 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 64.

aporte neutral favorezca una situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que pueda entenderse como una infracción de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de auxilio u omisión de denuncia.¹⁷²

7. Imputación a la víctima

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, pensamos que existirá imputación al ámbito de su competencia.⁵⁰ La jurisprudencia peruana, excluye de la imputación objetiva los supuestos en los que la creación del riesgo no recae en manos del sujeto activo sino de los mismos sujetos pasivos:

Caso del festival de rock:

Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable 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.¹⁷³

172 Cfr. CARO JOHN, José A., "Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5, Lima, 2004, p. 105.

173 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 32. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 284 y ss.

8. Relación de riesgo

Presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta, pues no es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellos.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ Es posible negar la imputación objetiva en supuestos en que a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto (riesgos concurrentes) como, por ejemplo, cuando el que dispara a matar a otro, solo lo lesiona, y luego muere producto de un incendio ocurrido posteriormente en el hospital.¹⁷⁶

9. Cumplimiento de deberes de función o de profesión

En el derecho penal peruano es mayoritaria la opinión de que esta es una causa de justificación.¹⁷⁷ Por nuestra parte, consideramos que se trata de un supuesto de ausencia de imputación objetiva (atipicidad) pues, “cuando haya una obligación

174 GARCÍA CAVERO, *Percv. Derecho penal económico. Parte general*, Ara, Lima 2003, p. 447.

175 MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7- ed., 2004, p. 257.

176 Se excluye la imputación si falta la realización del peligro. El peligro debe darse en el resultado. Si ocurre que el resultado se genera no por la producción del peligro sino por un mero nexo de causalidad, no habrá imputación (Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 373). “El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor” (ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 373).

177 HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., cit., p. 573, num. 1488; PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., pp. 422 y ss.; BRAMONT ARIAS / BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, cit., pp. 194 y ss.; VILLA STEIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 333; SALINAS SIC-CHA en AA.VV., *Código Penal comentado I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 785. A favor de nuestra posición se encuentran BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 220-221; CARO JOHN, José A., “Comentarios al artículo 20° inciso 11 del Código Penal”, en *Jus Legislación*, N° 7, Lima, 2007, p. 284; CARO CORIA, Dino Carlos, “Comentarios sobre el decreto Legislativo N° 982 que reforma el Código Penal”, en *Jus Legislación*, N° 7, Lima, 2007, p. 275. En este sentido, la jurisprudencia: “Se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves”. Exp. N.º 2683-97 Lima. Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998. En ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal I*, cit., p. 139.

específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara”.¹⁷⁸ En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes (art. 20 inc. 8 Código Penal peruano) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.¹⁷⁹ Así, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que:

El acto médico constituye —como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso — justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple.¹⁸⁰

Estos supuestos de obligaciones específicas de actuar, conforme a su función o profesión, incluyen la actividad de médicos, funcionarios, etcétera, y plantean dificultades hermenéuticas, pues resulta necesario conocer el contenido de las regulaciones administrativas de cada función o profesión. Para comprender cuándo estos profesionales actúan dentro de sus respectivas competencias y atribuciones de su cargo, es necesario remitirnos a un dispositivo extrapenal. Así, el problema puede surgir en el supuesto de disposiciones confusas. “Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos del poder, arbitrariedades, etcétera, de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su

178 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 257.

179 También sería posible entender que el actuar bajo el cumplimiento de un deber es un riesgo permitido que excluye la imputación objetiva de la conducta.

180 Jurisprudencia penal vinculante: Ejecutoria suprema del 22 de diciembre del 2004, R. N. 1062-2004 Puno, considerando séptimo. Vid. desde el ángulo del acto médico como conducta neutral el comentario de MENDOZA (“Conductas neutrales, conocimientos especiales e imputación objetivas”, cit., p. 33).

actuación”.¹⁸¹ Recientemente, el Decreto Legislativo N° 982 ha introducido al art. 20 del Código Penal peruano un nuevo inciso (N° 11) que corresponde al cumplimiento de deberes militares y policiales, quienes en el cumplimiento de su deber usan armas de fuego reglamentarios con resultados de muertes o lesiones. Creemos que esta reciente modificación resulta innecesaria por estar comprendida en el inc. 8 del mencionado art. 20 C.P. peruano¹⁸², y además, consideramos errada la sumilla asignada al art. 20 del C.P. por el Decreto Legislativo N° 982 (de 21 julio de 2007) que califica a esta causal dentro de los supuestos de inimputabilidad.

10. Naturaleza del juicio de imputación objetiva

Las exposiciones habituales de la categoría de la imputación objetiva suelen comenzar con una más o menos amplia referencia a la causalidad, herencia de la ubicación tradicional del problema de si el agente es responsable por el resultado producido¹⁸³. A continuación, propiamente la imputación objetiva, que requiere i) constatar la creación de un peligro en el sentido del tipo, lo cual no se dará si el riesgo es permitido (en donde se toman en cuenta casos de disminución del riesgo, insignificancia...). Y seguidamente, ii) la conexión del resultado con el riesgo creado, como expresión de ese peligro (en donde son problemáticos los casos de resultados no abarcados por el fin de protección de la norma...)¹⁸⁴. Se combina así, al menos en algunos autores, una valoración *ex ante* de los factores de riesgo creados por el agente, y una conexión de aquellos con el resultado producido, realizada *ex post*.

181 MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5- ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 344.

182 Cfr. CARO JOHN, “Comentarios al artículo 20^a inciso 11 del Código Penal”, *clt.*, pp. 284- 286.

183 En este sentido, la causalidad sigue siendo para muchos necesaria, aunque no suficiente, en los delitos comisivos de resultado: cfr., por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, 4.^a ed., Munich, 2006, 11/1, 11/10 (hay traducción castellana, *Derecho penal. Parte general*, 1.^a ed., Madrid, 1997, a cargo de Luzón, Díaz y De Vicente). Sin embargo, algunos autores (por ejemplo, PUPPE, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* [trad., García Cavero], Granada, 2001, pp. 11-14; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Baden-Baden, 2013, 11/6) han puesto de relieve tanto la importancia de la causalidad como la debilidad de su determinación. Cfr. también la indicación que efectúa SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Montevideo, Buenos Aires, 2010, p. 674, n. 447, donde se muestra escéptico respecto al insistente recurso a la causalidad.

184 Cfr., por todos, la exposición de ROXIN, *AT, I*, 2006, 11/44-145. Sobre la relevancia de su aportación, desde los primeros trabajos (de 1962 y 1970), cfr. *ibidem*, 11/50.

Transcurridos ya varios años de exposición y reelaboración de la doctrina de la imputación objetiva, se percibe que ha experimentado un desarrollo muy considerable, tanto en volumen como en precisión conceptual, pero también con más pretensiones todavía. No es cuestión solo de que abunden las referencias a dicha institución -que también es así, sino también y sobre todo que no son pocos los autores que han dedicado sus mejores esfuerzos a desentrañar y dotar de contenido la imputación objetiva. Así, hasta el punto de que ha adquirido un gran nivel de detalle y precisión que sitúan esta materia como uno de los temas centrales de la doctrina jurídico-penal actual¹⁸⁵. Con todo, dichos esfuerzos y rendimientos evidentes han experimentado desarrollos diversos; así se percibe en cuatro direcciones. Por un lado el rendimiento de la teoría de la imputación objetiva se ha logrado a través del análisis de un enorme bagaje de casos y sub casos, y variantes, surgidos de la inabarcable variedad de la práctica, hasta llegar a ofrecer criterios muy elaborados y adecuados para cada grupo de casos: este indudable progreso requiere una sistematización. En una dirección totalmente distinta, por otro lado, desde la perspectiva del finalismo, se mueven quienes consideran que la doctrina que ha cultivado la imputación objetiva ha incurrido en no poca imprecisión, poniendo así en peligro la exigencia de taxatividad de la ley penal; además, sus categorías resultarían superfluas o inútiles (por ser *objetivas*) en el marco de la doctrina de la acción final y el injusto personal¹⁸⁶. Si la posición descrita en primer lugar podría responder a cierta *dispersión* en una multitud de tópicos (aisladamente son eficaces para la solución de casos y problemas, pero

185 En palabras de WOLTER, "La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal", en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 65: "La teoría moderna de la imputación objetiva abarca todo el *sistema del Derecho Penal*." (resaltado en el original).

186 Cfr. HIRSCH, "Acerca de la teoría de la imputación objetiva" (orig., 1998; trad., D.R. Pastor), en ID., *Derecho penal. Obras completas, I*, Buenos Aires, 1999, pp. 37-64, 40-50; cfr. también, implícitamente, CERESO MIR, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo y Buenos Aires, 2008, pp. 406, 409-415; ID., *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006, 419-436; 478-479. Cfr. la amplia exposición y el particular enfoque de RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, pp. 97-118. A pesar de todo, no se olvide la aportación de Welzel con la categoría de la adecuación social (cfr. la exposición de CANCIO MELIÁ, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, 1994, *passim*-, ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2da.ed., Barcelona, 2001, pp. 77-81).

los detalles han llevado posiblemente a perder la perspectiva del conjunto), ahora se trataría más bien de su *relativización* (al reducirla a un grupo de problemas, puede perderse su completo sentido y finalidad). En una tercera dirección, la imputación objetiva ha crecido con autonomía, hasta abarcar contenidos que inicialmente no se situaban en ella, y adquirir fisonomía propia y amplia. Nos referimos a la posición que aspira a ver en la doctrina de la imputación objetiva una reinterpretación de las fuentes de la responsabilidad penal (de la imputación)¹⁸⁷: podría hablarse ahora de *sobredimensionamiento* de la imputación objetiva. En una cuarta dirección se mueven aquellos autores que enfocan los contenidos de la imputación objetiva como una cuestión del tipo del delito en cuestión, y, por tanto, que replantean esta materia como un asunto de *tipicidad*. Personalmente nos consideramos más próximas a esta última posición, como se irá viendo a lo largo de esta contribución, sin perjuicio de efectuar algunas matizaciones.

Ante este panorama, se hace necesario plantear adecuadamente la doctrina de la imputación objetiva. Las posiciones calificadas ahora como de relativización y sobredimensionamiento se hallan muy condicionadas por los presupuestos de partida de los autores que las sostienen¹⁸⁸; algo que no tiene por qué ser así en el planteamiento que la ubica en la tipicidad, categoría generalmente asumida -con más o menos amplitud- con independencia de la variedad de posiciones doctrinales de partida. Y frente al riesgo del planteamiento tópico, pensamos que una sistematización requiere conocer los criterios de ordenación de las categorías, y a ello puede contribuir la reflexión sobre la naturaleza del juicio de imputación.

187 Se percibe así en el planteamiento de Jakobs, para quien la imputación objetiva es la operación de determinación de la responsabilidad por la propia conducta, con base en los criterios de riesgo permitido, prohibición de regreso y principio de confianza. Cfr. su exposición, entre otras obras, en JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín, Nueva York, 1991, § 7; ID., *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad., Cando), Madrid, 1996, *passim*; to., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”¹ (trad., Peñaranda), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 209-222; ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado” (trad., Cando), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 241-270.

188 Esto es, respectivamente, por los planteamientos finalistas, o por una teoría general de la imputación en el caso de Jakobs.

Una vía para lograrlo puede ser la descrita por Frisch, de enfocar la cuestión como una teoría de la tipicidad: las cuestiones de imputación del resultado son diversas de las de tipicidad de la conducta, algo previo y basado en el carácter del riesgo creado por el agente y el sentido del tipo en cuestión¹⁸⁹. Se acepte o no íntegramente su posición, lo relevante ahora es aspirar a que la doctrina de la imputación objetiva adquiera la dimensión que le corresponde, sin asumir más de lo que sus categorías pueden alcanzar; que se tienda en lo posible a la *construcción de un sistema*, en cuanto que eso proporcionaría completitud y orden para abarcar todos los casos; así como que se *ponderen bien sus contenidos*, para no considerar como imputación objetiva lo que no lo es, ni dejar al margen otros que sí deben tomarse en cuenta. Para ello sugiero preguntarnos por la naturaleza de la categoría que conocemos como “imputación objetiva”, es decir, determinar qué clase de operación encierra: ¿constituye propiamente un juicio de imputación?

Veamos primero qué se entiende por *imputación*, destacando algunas aportaciones claves en la doctrina clásica de la imputación¹⁹⁰. En primer lugar, la identificación de algo como *hecho* (u omisión) por tener su origen en el sujeto, que es entonces y por eso mismo agente. En segundo lugar, la diferenciación entre el juicio que atribuye el hecho y el que lo atribuye a título de reproche (o de mérito, donde proceda). A su vez, en tercer lugar, ambos juicios (hecho y reproche) son diferentes, como objetos de imputación, de las reglas en virtud de las cuales se imputa: es decir, la diferenciación entre lo que se imputa y por qué se imputa (porque el agente conocía la situación y ejerció control sobre ella). Y, en cuarto lugar, hay que añadir los instrumentos en virtud de los cuales el hecho es valorado o no como antijurídico, y que da paso a que sea reprochado al agente: dicho de

189 Criticado, sin embargo, por ROXIN, *AT, I*, 2006, 11/51.

190 En esta materia, es esencial la aportación de HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1988, *passim*; ID., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ed. a cargo de Sánchez-Ostiz, Madrid, 2005, *passim*. Me he referido ampliamente a esta doctrina en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 401-413, y *passim*; ID., *La libertad del Derecho penal*, *passim*, de modo que evitaré ahora en lo posible (cfr. nota 13) referencias innecesarias que pueden encontrarse en dichos lugares.

otro modo, que el hecho es medido con arreglo a un baremo o criterio. Distinciones tan básicas como las ahora señaladas ponen de manifiesto que no es lo mismo afirmar de alguien que ha *actuado*, que lo realizado es *malo*, y que él *ha actuado mal*. Y dichas afirmaciones son en esencia las que se contienen en las operaciones de atribución de responsabilidad tanto en la vida cotidiana, como en la teoría del delito¹⁹¹.

La afirmación de que lo realizado es bueno o malo, justo o injusto, es una operación de valoración, e implica contar con un hecho (u omisión) ya atribuido al agente, y una pauta de medición -que en nuestro caso será la ley—, con arreglo a la cual se valora aquel. A esta operación responde la valoración de ese hecho (o de esa omisión) como típica o atípica. Su modo de proceder consiste en que las

191 Concretamente, cuando afirmamos que cabe imputar un resultado lesivo (muerte, lesiones...) a un curso de acción (disparo, golpe...), estamos valorando y apreciando el sentido que tiene para el ordenamiento jurídico, pero en la misma medida estamos dando por supuesto que previamente concurre un curso de acción. Si no, carece de lugar hablar de sentido jurídico de la acción. Sigue después el reproche dirigido al agente de dicho curso de acción o pasividad, considerado ya con sentido antijurídico. De manera semejante procedemos en otros ámbitos normativos, sean o no jurídicos, como la educación, el uso de un idioma, o los juegos (así, para afirmar de alguien que es descortés, primero hay que atender a un curso más o menos concreto de acción, que luego se valora como rudo o maleducado, para a continuación "echárselo en cara"). En definitiva, así procedemos al atribuirnos responsabilidad (también para *reprochar* a alguien que "habla mal un idioma", es preciso comparar lo que dice con las *reglas* del idioma, y antes *que diga algo*; y de manera semejante en los juegos). Y es eso mismo lo que hacemos en Derecho penal. En dichas operaciones se hallan imbricadas las *reglas de conducta* ("debes hacer esto", "no hagas eso", "puedes reaccionar"...), o "Verhaltensregeln", y las *reglas de imputación* ("decimos que actúas, si conoces y controlas la situación"; y "te es reprochable que, aun sabiendo y pudiendo hacer otra cosa, hubieras actuado así"...), o "Zurechnungsregeln". A su vez, las reglas de conducta operan tanto para el que va a obrar, como para el que aprecia que se ha obrado: primero expresa una regla de conducta, y después esa misma regla de conducta sirve para afirmar si se obró o no de acuerdo a la regla (bien o mal...). Y cuando afirmamos que se obró de acuerdo o no a la regla, estamos valorando lo realizado, midiéndolo y comparándolo con esta. Dicha operación no afirma que se ha realizado algo ni reprocha haberlo hecho mal: solo valora o mide con arreglo a un baremo de medición. Dicha operación no es producto por tanto de un juicio de imputación, sino de uno de valoración: en concreto, de aplicación de la regla de conducta al caso concreto ya realizado. Es en estos dos juicios de imputación (*imputado factie imputatio iuris*) en donde operan preceptos legales como los del error de tipo, el error sobre la antijuricidad, la enajenación mental, la embriaguez... En tales casos se trata de condiciones para poder atribuir algo como hecho u omisión, así como para imputar el hecho o la omisión a título de reproche. Pero entonces, entre ambos juicios de imputación -que son juicios de imputación en sentido estricto- media una operación de naturaleza diversa: la de valoración del hecho, o la omisión, como antijurídicos o no. Es esta operación intermedia, denominada "applicatio legis ad factum", a la que hay que asociar los preceptos legales de la Parte Especial (normas prohibitivas y preceptivas), así como las causas de justificación (normas facultativas). Cuando tales clases de normas son empleadas para valorar lo realizado, operan como criterios de medición: se trata del ámbito de la tipicidad, en virtud de la cual apreciamos si la respectiva conducta es subsumible o no en el precepto legal respectivo. En definitiva, esta operación de valoración del hecho conforme a la regla de conducta (empleada ahora como baremo de medición) no debe confundirse con el juicio de atribución de algo como hecho, que le precede, ni con el juicio de su atribución como desvalorado (demérito o culpabilidad), que le sigue. Atribuir algo, una acción, como hecho (y lo correspondiente vale para la omisión) es presupuesto para poder valorarlo a continuación conforme a una regla de conducta. Y dicha valoración, a su vez, es presupuesto para poder atribuirlo al agente como culpable.

respectivas reglas de conducta (prohibiciones, prescripciones y permisiones) que se dirijan al eventual agente expresándole lo que debía o podía hacer, son empleadas después hacia el pasado por el juzgador como baremo de medición de lo realizado. Hablamos entonces de tipos comisivos, tipos omisivos y tipos de causas de justificación, respectivamente. Se trata de un juicio, en cuanto afirmación de algo sobre un objeto (que el hecho t_1 colma el tipo T_1 ; o que el hecho j_2 constituye una conducta justificada J_2), y de un *juicio* que tiene por objeto, no imputar sino *valorar*, medir, lo previamente atribuido como hecho.

La distinción habitual entre antijuricidad y culpabilidad que se lleva a cabo en la teoría del delito puede ocultar que entre ambas operaciones media una diferencia cualitativa: la valoración de un hecho como antijurídico no es un juicio de imputación, sino uno de valoración, de medición del hecho. En cambio, la atribución del hecho antijurídico al agente a título de demérito, es decir, como culpable, sí constituye un juicio de imputación, y no de mera valoración. A su vez, a esa operación de medición que efectuamos al apreciar un hecho como antijurídico (o justificado, en su caso) precede una operación de imputación: la que permite hablar de un hecho

Llegados a este punto, conviene volver a la pregunta que nos planteamos: ¿qué naturaleza posee la categoría de la “imputación objetiva”?, ¿qué clase de operación es?, ¿constituye propiamente un juicio de imputación? Y la respuesta, a la vista de lo ahora expuesto es que el juicio de imputación objetiva no es propiamente imputante, sino valorativo de algo que ha sido ya imputado, el hecho (o la omisión); se trata así de un juicio, cuya naturaleza es la propia de la medición o valoración de algo con arreglo a un estándar empleado como baremo de medición. Como hemos expresado, son las reglas de conducta que regían de forma prospectiva para los eventuales hechos de los destinatarios, las que emplea después el juzgador de forma retrospectiva para valorar, medir, y sopesar esos

hechos. Por tanto, su carácter sería el propio de una medición con arreglo a la norma que operaba al actuar, pero ahora hacia lo ya realizado.

¿Qué se sigue de todo esto? De entrada, si se asume lo anterior, que la teoría de la “imputación objetiva” no puede entenderse como una parte o faceta de la doctrina de la *imputatio*¹⁹², en la medida en que esta tiene un contenido mucho más amplio, y aquella en realidad no sería tal, sino que pertenecería en cambio a la operación de *applicatio legis ad factum*; es decir, constituiría una operación de *aplicación* de la ley, lo cual exige tanto la *interpretación*, como la *subsunción* del caso en el precepto interpretado, con todo lo que eso supone. Además, hay que ser conscientes de que un juicio de imputación tiene unos condicionamientos diversos a los de medición: por ejemplo, es al imputar cuando debemos tener en cuenta si el agente se hallaba en error, algo que, en cambio, se sitúa en el momento de análisis del (no) dolo. Sin embargo, puede suceder que, empleada sin conciencia de su sentido y naturaleza, la “imputación objetiva” acabe por influir en el modo de operar de otras categorías; particularmente, me refiero al dolo (denominado a veces “imputación subjetiva”, por relación) y a la imputabilidad (en sede de culpabilidad)¹⁹³. También por este motivo conviene prestar atención a la naturaleza del juicio de aplicación de la ley al caso.

11. La imputación objetiva en el derecho penal

Como señala Wolfgang Frisch, la expresión “imputación objetiva” suele utilizarse con contenidos considerablemente discordantes, de manera que resulta complicado tratar de unificar la discusión.

192 Cfr. sin embargo, ROXIN, *AT, I*, 2006,11/46. Tampoco puede verse la doctrina de la imputación como un mero antecedente histórico. Perderíamos de vista la profunda dimensión que puede adquirir la imputación objetiva, la tipicidad y la misma teoría del delito al conectarla con la Filosofía de la acción. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, p. 106, nota 3. La doctrina de la *imputatio*, como teoría de la acción que es, no constituye propiamente el antecedente de la imputación objetiva, sino de la teoría del delito.

193 Es interesante conocer cómo hemos llegado, desde el origen en la doctrina clásica de la imputación, a los contenidos actuales de la “imputación objetiva”, imputación subjetiva y, en sede de culpabilidad, la imputabilidad. Me he referido a ello en SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal*, pp. 113-114.

Para tratar de hacernos una idea conviene conocer que la referencia a la imputación no responde ni mucho menos a una terminología reciente, ha atravesado por importantes altibajos en su uso o en el territorio a ocupar en el seno de las diferentes doctrinas históricas: desde su importancia para el ius-naturalismo racionalista y los hegelianos (siglos XVIII y XIX respectivamente), el desuso por parte del naturalismo positivista de finales del XIX (Von Liszt), la recuperación desde el propio Gustav Radbruch, la teoría de la adecuación social de Hans Welzel como precedente de la teoría de la reprochabilidad objetiva de Roxin (o en el mundo de habla hispana la de Enrique Gimbernat), e incluso un retorno a una fundamentación hegeliana de Günther Jakobs y Heiko H. Lesch.

Aclara Santiago Mir Puig que: “hay algo de común en los orígenes teóricos del concepto de imputación objetiva: tanto el neokantismo, como el regreso a Hegel, y como la filosofía fenomenológica de Husserl, fueron manifestaciones que se producen en un mismo espacio, la Europa continental, y en una misma época, la primera mitad del siglo XX, que reacciona al naturalismo positivista y reclama un regreso a la filosofía. Por encima de sus diferencias, todas las direcciones indicadas coinciden en pretender ir más allá de la descripción científica de hechos físicos para acceder a la comprensión del sentido de tales hechos”.

En definitiva, el tema de la imputación no puede ser novedoso pues aborda problemas esencialmente clásicos como la estructura del delito, la acción o la tipicidad. Por tanto, los nuevos planteamientos no hacen sino seguir profundizando con mayor o menor éxito sobre el análisis de los elementos que en teorías anteriores ya habían sido embrionariamente definidos. Sin embargo sí resulta significativo el trascendental reimpulso a la idea de imputación que surge encabezado brillantemente por Claus Roxin, a partir de los años setenta, desde planteamientos novedosos a los que responde su análisis conjunto de la acción junto a tipicidad objetiva y subjetiva. De esta forma, el término “imputación” se ha

convertido -como señala Mir- en uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito.

Comenta Bernd Schünemann respecto al crecimiento de la teoría de la imputación objetiva desde Roxin que: “como un pulpo gigante de incontables tentáculos abarca cada vez ámbitos más numerosos y de lo más heterogéneo, tanto desde una perspectiva ontológica como desde una perspectiva normativa”.

Convendría señalar en principio la conveniencia de distinguir entre la imputación objetiva de los delitos dolosos y de los culposos, siendo los fundamentos de aquella unánimemente admitidos para el caso de la culpa contando solamente con alguna diferencia en las precisiones lingüísticas. No sucede lo mismo respecto de los delitos dolosos, donde esencialmente la jurisprudencia internacional ha venido encontrando obstáculos a su reconocimiento expreso, sin olvidar que en el seno de la doctrina final de la acción se han interpuesto serios obstáculos teóricos a la misma (Armin Kaufmann, Eberhardt Struensee, entre otros), también incluso en el campo de la imprudencia, si bien será en capítulos posteriores cuando abordemos más específicamente a toda esta problemática.

En realidad, la idea de imputación objetiva atiende al modo en que se pretende desentrañar cuándo la afección a un bien jurídico se deriva esencialmente de la acción humana y cuándo es tan solo consecuencia de meras eventualidades.

Por su parte, la imputación subjetiva se refiere a la medida de la conducta de un sujeto en relación con la norma, surgiendo automáticamente la cuestión de si tal relación resulta esencial a efectos de ajustarse a un delito y una pena. En este sentido, se está requiriendo una idea de voluntad de injusto, que radica en la concreta comprensión de la norma por el autor. Ambos niveles de imputación del hecho no son originales sino que se encuentran ya elementalmente conformados en el antiguo pensamiento aristotélico.

Sobre la cuestión, Michael Köhler (Universität Hamburg) ha acudido a una eventual referencia a las consecuencias de la valoración de la imputación subjetiva diciendo que “En definitiva, el sujeto del hecho y sus presupuestos subjetivos de imputación solo puede ser el mismo sujeto humano que es reflejo de la validez y de la norma. De este modo, tal sujeto se identifica a la vez con el del delito y de la pena (concurriendo entonces también objetivo-subjetivamente con los otros). En sentido crítico, esto traería consigo que resulta absolutamente errada aquella opinión según la cual, a efectos de punibilidad, cabría distinguir todavía un «sujeto de imputación» separado del sujeto del hecho que actúa y refleja la norma. En la actualidad también en Europa las virulentas propuestas que buscan declarar la «punibilidad de los entes colectivos» con independencia de la imputación subjetiva vienen a terminar en el «castigo» de los inculpables. Se trata de un funcionalismo, por así decir, monstruoso.” Afirmaciones de Köhler que no han de ser necesariamente asumidas.

12. La relación de causalidad

Desde hace décadas se viene discutiendo sobre la causalidad en el plano objetivo del tipo, hallándose el origen de tal discusión bien en el propio concepto de causalidad o bien en su incorporación o sustitución por la llamada imputación objetiva del resultado. La cuestión básica parece que procede de conocer si un comportamiento concreto y sus consecuencias típicas son o no dependientes entre sí con base en leyes causales naturales.

En palabras de Zaffaroni: “a toda acción corresponde un resultado y ambos están unidos por un nexo de causalidad. Nexos de causalidad y resultado, aunque no forman parte de la conducta, la acompañan como una sombra”.

Aunque Welzel, entre otros, consideraba el resultado y el nexo causal en el nivel pretípico y pensaba que el tipo solo otorgaría preeminencia a aquel; otros, como Maurach, ya entendían que ambos deben ser considerados en la tipicidad, tesis que resulta también apoyada más recientemente cuando la doctrina se manifiesta

de forma mayoritaria en la idea de que este problema penal integra propiamente la teoría del tipo.

Pero lo cierto es que resulta inútil solo comprobar si una conducta es típica, cuando lo fundamental será en principio averiguar si generó el resultado.

El punto de partida consistirá pues en reconocer la causalidad como algo efectivo, como categoría del ser, de lo real, y no del mundo de las ideas. Sin embargo, esta cuestión que analiza el problema de la causalidad no va a resolver en ningún caso la cuestión fundamental de si al autor se le puede imputar objetivamente tal consecuencia.

Parte de la doctrina sostiene incluso que deben aislarse en este sentido imputación objetiva y causalidad. Así, Roxin se manifiesta favorable a la opinión de negar a la causalidad cualquier carácter de base de la imputación objetiva del resultado. De tal forma que, despojando al concepto de acción de su tradicional concepción primordial en el seno de la teoría del delito, para el derecho penal será más trascendental determinar cuándo y en qué medida, un resultado físico es imputable a una persona como fundamento de su responsabilidad, antes que determinar cuándo y bajo qué presupuestos una conducta humana debe ser calificada como acción. Desde este punto de vista, la causalidad se vería suprimida por el concepto de aumento del riesgo que abordaremos detenidamente un poco más adelante entre los criterios o escalones que corresponde a la teoría de la imputación objetiva.

Desde la década de los sesenta, en el pasado siglo, se comienza a vivir el más importante momento histórico evolutivo que selló un punto de inflexión doctrinal y jurisprudencial. Hasta entonces tanto una como otra-doctrina y Jurisprudencia- se habían ceñido a la valoración exclusiva de la relación causal entre acción y resultado. Ya hace algunos años venimos observando cómo la doctrina

mayoritaria entiende la causalidad como dependencia lógico-real de carácter físico o psíquico entre una acción humana y un resultado. Este nuevo concepto de causalidad deberá ser complementado con determinadas consideraciones normativas de carácter restrictivo que trataremos más adelante, independientemente de valorar la posibilidad de la exclusión del concepto de acción, aducida -como señalábamos- por Claus Roxin.

Al observarse la individualización de la responsabilidad por conductas que han lesionado bienes jurídicos como una de las tareas fundamentales del Derecho penal, resulta comprensible que también los diversos modelos de imputación configuren igualmente sistematizaciones distintas entre sí. De esta forma podemos observar en la historia cómo se han desarrollado diferentes sistemas de imputación: causalistas que atienden a consideraciones estrictamente causales; o finalistas que centran su atención en el análisis del contenido de la voluntad final (“intencionalidad”).

Por tanto, ni la teoría de la imputación objetiva es absolutamente novedosa ni constituye (como fundamentan Enrique Gimbernat o Yesid Reyes Alvarado, entre otros) un “cajón vacío” donde se procuran-reunir todos aquellos problemas que carecen de una ubicación sistemática clara, sino que pretende dar “una interpretación moderna al juicio de imputación propio del derecho penal, despojándolo de un contenido exclusivamente naturalístico ajeno a la ciencia jurídica, para en su lugar edificarlo sobre consideraciones de carácter social”.

En realidad, el cuestionamiento que debemos hacernos ahora es si también a lo largo de la historia los diferentes sistemas de imputación, incluida la imputación objetiva, han conseguido o no el propósito de superar los obstáculos que no resolvían el resto de teorías que aquellas criticaban, o por el contrario deberíamos replantearnos el sistema de imputación y atender, por ejemplo, a las interesantes y

más modernas formulaciones que abogan por un completo replanteamiento que permita acercarnos progresivamente a un original sistema de imputación personal.

Bien, pues antes de regresar sobre algunas de estas cuestiones introductorias ya de manera propia dentro del método de la imputación objetiva, tratemos ahora de analizar de forma precisa la causalidad como un requerimiento del tipo objetivo, es decir, como un elemento de carácter lógico-racional, para la consumación de los delitos resultativos: una exigencia que vincula la conducta humana (origen) y el resultado (consecuencia) enunciando esta correspondencia en forma de una relación causa-efecto.

Para comprender el sentido de lo que llamamos causalidad debemos recurrir a una valoración *ex post* de un proceso físico o psíquico, regido por las leyes naturales, que genera que un hecho llegue a desembocar en otro (producción de un resultado), pudiéndonos presentar dichos procesos en varias formas a través de las cuales se desarrollan, y que son denominados cursos causales. Estos cursos causales han sido estudiados por la doctrina en sus múltiples formas. Ahora mencionaremos con sus apelativos más significativos: normales, irregulares, cumulativos, no verificables e hipotéticos.

Son llamados cursos causales normales aquellos -como el resultado muerte tras una operación a corazón abierto de alto riesgo que disponen de una estructura lógico-uniforme que cuenta con factores causales simples y habitualmente conocidos; lo cual permite determinar su resolución (afirmar o negar la causalidad) fácilmente, en todo caso por un experto, pero frecuentemente (normalmente) por cualquier persona media.

Por el contrario, los cursos causales irregulares aluden a un proceso causal sucesivo, se trata de una sola sucesión de acontecimientos, única pero irregular, siendo esta la razón por la que también se les conoce con el nombre de cursos

hipotéticos, ya que valoran una desviación extraña del curso causal: como sucede en el ejemplo del que envía a su tío (con el fin de heredar su fortuna) a realizar un viaje en avioneta un día de tormenta con la intención de que el aparato tenga un accidente y su familiar muera, lo cual efectivamente acontece.

En los cursos cumulativos, el resultado se genera en base a varios factores (que se acumulan complementándose o compensándose entre sí) y que disponen de eficacia causal. Se presentan pues, dos o más acciones que, formalizadas separadamente, sin consciencia ni acuerdo mutuo, cogeneratedan objetivamente el hecho. Suele tratarse de supuestos complejos, cuando A incorpora una dosis mínima de veneno en la bebida que B toma cada noche, y C, ignorando aquella circunstancia, añade a la referida bebida otra pequeña dosis; resultando que entre ambas cantidades se alcanza la medida tóxica suficiente para generar la muerte de un individuo normal. Observamos mediante el ejemplo cómo, sin estar de acuerdo, ambas intervenciones autónomas generan -complementándose- el resultado que por separado hubieran sido incapaces de alcanzar (nos encontramos aquí frente a la que se ha llamado autoría accesoria dolosa o imprudente).

Respecto a los cursos no verificables, se trata de formas de curso causal surgidas de un factor de origen que genera la evidente producción de un resultado sobre una variedad de personas que tuvieron contacto con el citado agente; el problema radica en que se desconoce cuál es exactamente el mecanismo o el proceso productor del daño el caso del “síndrome tóxico” provocado por el aceite de colza desnaturalizado que se difundió para consumo humano, en torno a 1981, por diversos lugares de España con una base industrial que lo hacía altamente perjudicial.

De igual forma sucedió en el conocidísimo caso europeo de la “Talido- mida” (caso Contergan, denominación con la que se refiere el nombre farmacéutico de la

fórmula en cuestión), también conocido como “caso de la ciencia favorecedora de bebés monstruo” que generó, al ser aplicada a mujeres en proceso de gestación, un desarrollo fetal con gravísimas malformaciones comprobadas a *posteriori* en el momento del nacimiento.

Finalmente, los cursos causales hipotéticos, los teóricamente más confusos, responden a situaciones en las que existe un curso causal principal del que aparentemente depende el resultado, sin embargo en la hipótesis de que tal resultado no se hubiera alcanzado, junto a ese primer curso, figuraría otro alternativo que hubiera de igual modo desembocado en idéntica consecuencia. Se trata de supuestos en los que el sujeto activo rebasa con una actuación incorrecta la barrera del riesgo permitido (culpa o dolo eventual); comprobándose con probabilidad rayana en la certeza, que aun habiendo obrado correctamente, el resultado también se hubiera producido si A dispara a B, y antes de que el disparo provoque el efecto mortal C, atropella a B y este muere.

Ejemplo este, que más adelante retomaremos, similar al que acude Roxin - obviando la causalidad y centrándose en su idea de protección de bienes jurídicos- para ratificar la idea de imputación objetiva, a efectos de sostener que, cuando el curso causal hipotético procede del comportamiento doloso de un tercero, existe imputación objetiva del resultado, ya que el fin de las normas no es la evitación de resultados sino la de comportamientos destinados a lesionar bienes jurídicos. Mediante este ejemplo ya tradicional, Roxin entiende que la conducta de C es imputable a pesar de que el bien jurídico “vida” estuviera irremediablemente perdido, debiendo castigarse a C por homicidio y A por tentativa de homicidio, sin que impida establecer tal nexo de imputación el hecho de que si suprimiéramos el comportamiento de A, B igualmente hubiera muerto al cabo de unos instantes por el atropello de C.

Para tratar de resolver las diferentes formas de cursos causales, se han elaborado a lo largo de la historia diferentes soluciones teóricas que se han ido superando o complementando entre sí. Nos referiremos en primer lugar a la originaria *teoría de la condición* (factor que produce el resultado), completada por la *teoría de la equivalencia de las condiciones* (todos los factores tiene idéntico valor en la producción del resultado), y la de la *conditio sine qua non* (eliminado mentalmente el factor se elimina el resultado). Se trata de unas elaboraciones teóricas basadas en el concepto lógico científico de causa defendido por John Stuart Mili y desarrolladas, entre otros, por Julius Glaser en Austria y, en su momento, por von Buri o por el propio von Liszt en Alemania.

John Stuart Mili señalaba en el año 1843 que muy excepcionalmente podría afirmarse que una consecuencia fuera resultado de una única causa, pues por regla general era la convergencia de varios antecedentes la que generaba efectos relevantes.

Se entiende que cualquier factor sin el cual no se produzca el resultado (condición) es causa de aquel. Así pues, en términos causales, todas las condiciones principales, secundarias, directas o indirectas, son equivalentes.

El concepto lingüístico atribuido a la expresión latina *conditio sine qua non* supone una condición indispensable para que pueda cumplirse una acción o un presupuesto lógico. Literalmente: condición “sin la cual no” se produciría un resultado.

Complementariamente a esta idea se hace uso de la llamada fórmula hipotética, que admite como condición o causa todo aquel factor que, eliminado mentalmente, descartará el resultado.

Pero lo cierto es que a partir de estas propuestas teóricas no se consiguen resolver todos los problemas causales, pues en el caso de los cursos hipotéticos, eliminar mentalmente una causa eficaz no suprimiría el resultado. Ni resultarán tampoco útiles-por tratarse de análisis *expost-*, pues previamente requerirían haber comprobado la eficacia de la condición. Ni siquiera parecen zanjar la complicación primordial de la causalidad pues se critica esencialmente de la formulación que, exacerbada, conduce a un proceso *ad infinitum*.

Se ha utilizado en ocasiones un ejemplo clásico para dejar en evidencia esta teoría con base en algunas legislaciones de hace décadas -donde el adulterio era tipificado aún como delito- de tal forma que si se aplicaba en cadena la causalidad, esta se remontaría incluso hasta el carpintero que fabricó el lecho donde los amantes yacían; y extremando aún más el proceso causal, la atribución de la responsabilidad de cualquier crimen pudiera recaer finalmente en Adán y Eva.

Ante la evidente insuficiencia de estas tesis, se desarrollaron otras proposiciones que pretendían completar y corregir aquella: las llamadas teorías evolucionadas de la causalidad. Algunas de estas parten de supuestos individualizadores que pretenden limitar la extensión de la equivalencia de condiciones buscando en cada caso concreto el factor determinante en la producción del resultado. Otras, por su parte, incorporan criterios normativos sin duda mejor orientados en la definición real del problema causal como sucedía, por ejemplo, con la fórmula de las condiciones legales propuesta por Engisch y como más propiamente ocurre con la *teoría de la causalidad adecuada* de

August von Kries y la *teoría de la causalidad eficiente* desarrollada por Mezger, presupuestos teóricos que suponen un verdadero acercamiento, riguroso y originario, en aras de solucionar el problema de la imputación traspasando las cerradas barreras de la causalidad.

La primera de las mencionadas: la *teoría de la causalidad adecuada*, atribuida como anteriormente señalábamos a von Kries y expuesta por von Bar, Eduardo Massari y, con algunas variaciones, por Francesco Antolisei y Grispigni, y conocida también como de la *causalidad típica*, tiende a formular un principio general aplicable a cualquier caso: el interés de la causa radicará en su valoración jurídica, de tal forma que solo tendrá el carácter de condición aquella que cumpla juicio de adecuación, de probabilidad (previsibilidad objetiva) para producir el resultado, es decir, la que es usualmente adecuada para originar aquel con arreglo a la experiencia.

Pero esta tesis de la causalidad típica fracasa al cualificar los procesos causales solo con arreglo a la previsibilidad, es decir, a juicios estadísticos y de normal o frecuente aparición, sin llegar a exponer su relevancia normativa. A pesar de ello, logró imponerse durante mucho tiempo en la jurisprudencia y la doctrina civil alemanas, y es considerada por muchos, dentro del ámbito penal, un elemento concluyente de la realización del riesgo en sede de la teoría de la imputación objetiva. Su máximo logro consiste en resolver en el tipo objetivo problemas que en la teoría de la condición solo se resolvían en el tipo subjetivo, como el señalado más arriba para los cursos causales irregulares.

Por su parte, la *teoría de la causalidad relevante* (o relevancia causal), cuyos cardinales representantes fueron Ernst Müller y Edmund Mezger, pretende precisar y corregir la teoría de la causa adecuada.

Mezger reconoce que “en los casos en que la acción es causal respecto al resultado, solo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente (teoría de la relevancia)”.

Esta tesis propone considerar causa a la condición jurídico-penalmente relevante; lo cual requiere que tal causa sea adecuada, y exige además una interpretación

ajustada al sentido de cada tipo para ver cuáles son las causas que pueden considerarse o no relevantes a efectos de dicho tipo. Esta teoría es aún más ajustada en orden a su utilidad aplicativa posterior, de cara a la teoría de la imputación objetiva, sobre todo en cuanto a la exigencia de atender a la relevancia jurídico-penal de los cursos causales. Sin embargo esta proposición adolece de un andamiaje teórico solvente, lo cual permite que diversos autores la pongan en entredicho.

Por ejemplo, Enrique Gimbernat, quien de forma especialmente crítica señala que Mezger no ofrece en ningún momento una explicación lógica a su teoría, sino que “se limita a decir, en definitiva, que las condiciones inadecuadas del resultado no son relevantes porque no lo son”.

Pese a los ataques que ha recibido, la teoría tiene el mérito de haber propuesto la vinculación entre acción y resultado sobre la base de criterios de imputación derivados de un concepto de elaboración reciente, el de ilícito penal, que dio lugar, como ya se mencionó anteriormente, a la teoría de la imputación objetiva que ahora pasamos a explicar.

13. La creación de un riesgo no permitido

El presupuesto previo de la imputación objetiva consiste, como ya hemos reiteradamente advertido, en que se pueda afirmar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, normalmente en términos de las teorías condicionan la idea del riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado en lo que supone un nuevo escalón, nivel de imputación, y el primer elemento original y definitorio de la teoría que nos ocupa. Este criterio formulado en forma negativa nos lleva, en primer término y en sentido contrario, a tener que revelar el concepto positivo de riesgo permitido: independientemente de los resultados lesivos o perjudiciales que se pudieran generar, cuando una acción se manifieste dentro de un riesgo socialmente permitido no podrá concebir

reproche jurídico alguno, solo provocará el reproche cuando se ejecute bajo el de un riesgo no permitido. Deberá llevarse a cabo un juicio *ex post* sobre la realización del riesgo en el resultado, no pudiéndose imputar el mismo a la conducta si fuera provocado por la realización de otro riesgo distinto al creado por el comportamiento del autor, o si no existe incremento del riesgo de producción de su producción en relación con la conducta real.

Roxin acude a la teoría del incremento del riesgo (*Risikoerhöhungslehre*) principalmente para tratar de explicar la imputación de las conductas culposas, donde el comportamiento tiene que haber creado un riesgo superior al tolerado, incrementando directamente con ello la probabilidad de producción del resultado. En realidad se establece una comparación hipotética entre el riesgo efectivamente provocado implícito en la acción y el que hubiera generado la conducta adecuada. Para ello se tendrán en cuenta los factores cognoscibles *ex ante* junto a los conocidos una vez que el resultado se ha desatado y ambos serán valorados en el juicio *ex post*. Si de ese juicio resultara que el riesgo no se ha incrementado respecto a la conducta alternativa hipotética adecuada a Derecho, el resultado no podrá ser imputable al sujeto en cuestión.

Resulta criticable en este punto que los criterios correspondientes a este nivel de imputación solamente funcionan cuando no existe un elemento subjetivo como el dolo, es decir, si el autor no persigue con su acción el resultado típico. Y funcionan en la imprudencia precisamente porque ya sabemos que no existe dolo. Es decir, que el conocimiento inicial del carácter no doloso ya lo conocemos *ex ante*, previamente a la realización del juicio objetivo. Argumento que utilizan los más críticos de esta teoría, como Zaffaroni, para observar que la imputación objetiva no cuenta claramente con ese carácter que se le supone en su denominación: objetiva, ya que los criterios a aplicar dependerán de la particularidad conductual atendiendo al elemento subjetivo en cuestión.

Señala críticamente Raúl Zaffaroni en torno al juicio de valoración que debe calificar el incremento del riesgo, que Claus Roxin, tratando de solventar el ataque a su teoría, trata de reconocer que el aumento del riesgo debe juzgarse *ex post* y no *ex ante*, porque como observa Stratenwerth: “el aumento del riesgo no soluciona el problema que plantea la causalidad, dado que el mismo no puede consistir en una incalculable duda”. Sino que el aumento del riesgo como fundamento de la imputación objetiva debe importar “la afirmación de una verdadera dependencia”, porque, de lo contrario, el principio *in dubio pro reo* en sede procesal quedaría burlado por una teoría penal, cuestión que ya había señalado con razón Herzbsrg. Para Zaffaroni, el aumento del riesgo es solo una tentativa de “idealizar” otro componente típico -en este caso relevancia penal de la causalidad-, pero Roxin no tiene más remedio que confesar que tampoco con el aumento del riesgo se agota la “imputación objetiva” del resultado. De allí que para Zaffaroni, Roxin se vea necesitado de someter el principio del “aumento del riesgo” a lo que aquel denomina “severas y hasta arbitrarias correcciones”, lo que lleva a cabo apelando a la llamada “esfera de protección de la norma”, expresión que no hace más que revelar que a nivel de aspecto objetivo del tipo está considerando una cuestión que es meramente normativa y que nada tiene que hacer con la causalidad ni con su relevancia típica. Los mismos problemas que de alguna manera la doctrina italiana había planteado como “presupuestos del delito”, Roxin los plantea ahora como aspectos de la tipicidad objetiva. Para los italianos era un problema anterior a la comprobación de la tipicidad; para Roxin es un problema de tipicidad objetiva y para Zaffaroni es un problema de la que él llama tipicidad conglobante, que debe resolverse una vez comprobada la tipicidad legal. Y que a nuestro modo de entender no conduce a una solución clara ni definitiva.

Realmente la esencia del juicio de la imputación objetiva radica en la presencia de un riesgo no permitido, de modo que el resultado concretamente causado coincida o encaje con el tipo de causación resultativo que pretende evitar la norma en cuestión, es decir, que se ajuste al fin o a la esfera de protección o evitación de la norma. El riesgo, para que pueda considerarse como no permitido, debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico, lo cual

sirve para descartar determinados riesgos irrelevantes penalmente, como aquellos que, siendo peligrosos, son, sin embargo, adecuados socialmente, y aquellos que no aumentan sino disminuyen la posibilidad de lesión de un bien jurídico.

Se trata, por tanto, de un criterio doble de interpretación teleológica del tipo (Arroyo, Berdugo, Ferré, García Rivas, Serrano, Terradillos): lo que se está exigiendo es, por tanto, y en primera instancia, que el resultado concreto suponga la realización del riesgo típico que de suyo implica tal acción. La realización del peligro o relación de riesgo es un subcriterio del fin de la norma. Con ello se solucionan mediante la exclusión de la imputación objetiva, casos como el ya citado del sobrino que invita a volar a su tío esperando que este muera en accidente porque no nos encontramos ante un riesgo jurídicamente desaprobado, sino socialmente aceptado (volar en avión). Tampoco podrá haber imputación objetiva en supuestos de complejos cursos causales irregulares o cuando el herido por disparo de bala muere en el accidente de la ambulancia que lo traslada al hospital, debido a la ausencia de riesgo inherente a la acción que genera el resultado definitivo.

Aparte de la exigencia de la creación del riesgo, hemos mencionado en varias ocasiones la idea del fin de protección de la norma, sin detenernos expresamente en analizarla.

Pues bien, este nuevo nivel o criterio que se utilizará también preferentemente en el ámbito de los delitos imprudentes, responde a un juicio interpretativo más amplio que puede hacer que ciertos resultados no coincidentes con tal fin se queden fuera de la imputación objetiva. Roxin utiliza el ejemplo de dos ciclistas (A y B) que circulan en fila, de noche y sin luces, mientras un tercer ciclista (C) - que circula de frente- choca contra A. Si valoramos que el hecho de que B circulase sin luces incrementó el riesgo de accidente para A, debemos estimar que el resultado no le sería imputable a B, debido a que “la esfera de protección de la

norma que impone el deber de alumbrado solo se extiende a los riesgos de accidentes que procedan de la propia bicicleta”.

Sin duda, el problema más grave que presenta el criterio del fin de protección de la norma es su imprecisión, pudiendo llevar a la paradoja de que, invocando igualmente el fin de protección de la norma, se llegue a alcanzar soluciones opuestas. Ello puede suponer que, dependiendo de la forma amplia o estricta en que se interprete la norma, pueda caber o no la imputación objetiva de un resultado.

Más complejos aún de resolución resultarán según lo estudiado los supuestos de “segundos daños” (choque de vehículos en cadena provocado por una acción culposa, en el que un nuevo choque de otro automóvil genera nuevas lesiones, daños, etc.); o las situaciones de “resultados sobrevenidos muy posteriormente” (la muerte por un empeoramiento general surgido como consecuencia o secuela de una enfermedad provocada por una accidente laboral).

En definitiva, como hemos venido observando estimamos que la imputación objetiva requiere que se cree un riesgo jurídicamente desaprobado, se trata en resumen de un criterio que trata de manifestar la idea de que únicamente se puede imputar un resultado a alguien, si este ha creado o generado ese riesgo con su acción.

Por otro lado, se trata de un criterio que debe ser completado para superar sus lagunas por algunos otros adicionales.

Entre estos últimos destaca el criterio accesorio del incremento del riesgo, permitiendo que un resultado pueda ser imputado a alguien si con su acción aumentó el riesgo permitido, solucionando así complejos problemas de cursos causales hipotéticos. En todo caso, puede subyacer cierta discordancia al comparar la peligrosidad *ex ante*, con la peligrosidad que genera una conducta

incorrecta, que, por definición, supone mayor peligro que el que corresponde al riesgo permitido.

También en una recapitulación mínima, resulta de interés aclarar la importancia - para la teoría de la imputación objetiva- de que el criterio del riesgo permitido, si bien se desarrolla sobre la base de unos u otros, debe resultar aplicable a delitos culposos o dolosos y a la tentativa, lo cual es tanto como señalar que la intención del autor no puede disponer de relevancia para conceptuar una conducta como permitida o prohibida.

14. Alcance del tipo penal

La teoría de la imputación objetiva en su vertiente más tradicional, requiere, como hemos puesto ya de manifiesto reiteradamente, que el autor haya creado un peligro para el bien jurídico no amparado por un riesgo permitido y que ese peligro se haya plasmado a través del resultado determinado. Estas cuestiones han sido progresivamente delimitadas mediante el llamado “alcance del tipo”, es decir, se trata de valorar por qué el tipo penal no se encuentra reservado a impedir determinadas contingencias. No se le podrá imputar a nadie un resultado fruto de cursos lesivos que se encuentren fuera del alcance del tipo; por lo que habrá que tener en cuenta en toda ocasión (o lo que es lo mismo: caso por caso) la dimensión típica del primer riesgo para observar si el resultado final se produce o no como consecuencia de la conducta típica.

Son válidos los ejemplos médicos que plantean Frisch, Robles Planas y otros, referidos al cirujano que en el transcurso de una operación efectúa un corte incorrecto que determina la muerte por hemorragia; a la prescripción de medicamentos contraindicados que producen la muerte; a la situación generada por fallo en la anestesia que deriva en parada cardíaca, etc.

Este ámbito de la imputación objetiva, alcanza a un muy importante número de supuestos en los que diríamos que no existe imputación, basándonos en argumentos normativos heterogéneos que sirven para la interpretación del tipo que se trate. Si bien la crítica que realizan algunos autores a este extremo se centra en su posición dentro de todo el sistema de la imputación objetiva. Así pues, el asiento metodológico como tercer escalón -si se prefiere otra terminología: en el tercer criterio o nivel de imputación- no parece por tanto excesivamente operativo. Coincidiendo con Paz de la Cuesta, pensamos que en realidad se trataría solamente de introducir criterios de política criminal en la interpretación de los tipos; debiendo valorarse cada problema caso a caso, sin que puedan suministrarse criterios genéricos aplicables a la generalidad de los tipos penales.

CAPÍTULO V

LESIONES

1. Consideraciones generales

Es cualquier alteración somática (física) o psíquica, que, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya sea en lo orgánico (anatómico) o funcional.

La lesión es el daño causado en el cuerpo o en la salud de una persona, siendo considerado sólo como un daño en la salud por la corriente moderna, ya que el daño en el cuerpo está comprendido en la salud, es así que podemos decir que lo contrario a la salud es la enfermedad y el delito de lesión es la conducta mediante la cual una persona ocasiona un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona sin ánimo de causarle la muerte.

2. Bien jurídico protegido

Los españoles consideran que el bien jurídico protegido en las lesiones es la integridad física y fue GROIZARD quien se encargó de agregar a ella –la salud– asignándole a la primera, la sustancia corporal, la misma que es atacada cuando se produce una disminución de la misma; y la segunda, cuando se afecta la salud física o psíquica, así se da paso a la tutela frente a la enfermedad física y al detrimento psíquico.

En nuestra legislación adoptamos el bien jurídico como el bienestar personal, entendido como un concepto pluridimensional, como único bien jurídico que engloba a la integridad corporal, la salud física y la salud mental, y no los considera independientes de cada uno. Existen autores que consideran la salud, lo que nosotros conceptuamos como bienestar personal, y en verdad existe

diferencia, y es que el bienestar personal es más amplio que la salud, pero lo importante es compartir el criterio que se trata de un solo bien jurídico protegido.

Aplicando la independencia de los aspectos del bien jurídico, una lesión que ocasiona la pérdida de la mano, solo lesiona el bien jurídico integridad corporal; una persona que golpea a otra y le ocasiona alteraciones mentales, ha afectado solo a la salud mental, porque con este criterio se típica a la lesión por el resultado, interpretación que se complica, cuando una persona con un golpe ocasiona la pérdida con un brazo, y le genera alteración mental; según el criterio de la independencia de los bienes jurídicos, ocasiona dos delitos, uno que afecta su integridad corporal y otro que afecta su salud mental, es así que tratándose de dos bienes jurídicos independientes vamos a estar ante un concurso dentro de un mismo dispositivo legal.

2.1. Integridad corporal o física

Para que haya una lesión a la integridad corporal o física, debe afectar algo sustancial en la persona, tal como la extirpación de un lunar o la desviación del tabique, la gravedad de la lesión, depende del miembro que se afecte, y ello servirá al juez para graduar la pena.

2.2. Salud física

Así como en la integridad corporal, se refiere a la anatomía humana, la salud física se refiere al equilibrio funcional del organismo; y la alteración a ese estado de equilibrio constituye un daño a la salud física. Ese desequilibrio puede presentarse como una enfermedad o como un simple debilitamiento, hasta en forma de sensaciones molestosas como náusea, calor, asco, etc., aquel desequilibrio debe tener cierta duración.

2.3. Salud mental

Cuando esta es alterada, estamos ante un delito de lesiones, estas lesiones emanan de un daño en el cuerpo, casi siempre se relacionan con los traumatismos del cráneo, aunque también puede presentarse de manera independiente sin necesidad de traumatismo. El desequilibrio debe ser duradero como un desmayo.

2.4. Daño social

Es preciso tomar en cuenta que una lesión no solo afecta la integridad corporal, la salud física y la salud mental, sino también las relaciones de la afectada con los demás. Una persona que ha sufrido lesión, como la deformación del rostro o la amputación de un brazo, no solo se ve disminuida físicamente sino también moralmente.

CAPÍTULO VI

LESIONES CULPOSAS

1. Texto normativo

El delito de lesiones culposas se encuentra tipificado en el artículo 124 de nuestro Código Penal, el mismo que textualmente señala lo siguiente:

“El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave, de conformidad a los presupuestos establecidos en el artículo 121°.

La pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de cuatro años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° — incisos 4), 6) y 7)—, si la lesión se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.”

2. Consideraciones generales

En una sociedad llena de temor, angustias e inseguridad provocada por los peligros que ha traído la civilización, de acuerdo a la denominada sociedad de riesgo, el derecho punitivo tendrá que considerar una nueva estructuración del modelo político criminal vigente. Ya que los nuevos riesgos ponen en peligro la suerte de los bienes jurídicos con las innovaciones tecno-prácticas, cirugías plásticas, etc., ponen en debate la función que debe desempeñar el Código Penal, de acuerdo a la razón por la que fue creada que es preventiva-protectora de los interés jurídicos más importantes, tanto para el hombre como para la sociedad en su conjunto.

En esta sociedad moderna, adecuada al paradigma de un Estado Social, la necesidad de tutelar los bienes jurídicos fundamentales, pasa por exigir que los ciudadanos amolden sus comportamientos a determinados estándares, que permitan tomar las previsiones necesarias para no causar eventos dañosos a los bienes jurídicos, de tal manera que están obligados a ceñir sus comportamientos a modelos conductivo establecidos en las normas, mediando para ello prohibiciones, cuya contravención puede generar riesgos no permitidos, que pueden acabar en situaciones de lesión, por ello aparece la necesidad por penalizar las conductas imprudentes, a fin de reforzar los cometidos preventivo-generales de las normas de sanción, siempre que las actuaciones típicas contravengán bienes jurídicos personalísimos.

3. Descripción típica

La modalidad típica hace alusión al que “por culpa”, causa a otro, daño en el cuerpo o en la salud, por lo que como primer punto debe descartarse el dolo, es decir, debe verificarse que el riesgo no permitido generado por la conducta del autor, no era cognoscible por el mismo, que no tomó conocimiento efectivo (dolo eventual), de que su comportamiento tenía aptitud de lesión para el bien jurídico

protegido. Solo después se podrá hablar si se trata de una culpa consciente o inconsciente, pues solo así el juzgador podrá determinar la pena a imponerse al autor. Además como segundo punto debe analizarse si el autor infringió una norma de cuidado, aquel que le estaba prescrito por ley, es así que la contravención de la misma ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, y como tercer punto se debe tener en cuenta el resultado lesivo ocasionado, sea la efectiva concreción del riesgo no permitido atribuido al autor, para tales efectos debe descartarse que el disvalor antijurídico exteriorizado en un estado de lesión, no se haya generado por otros cursos causales

Para Tamarit Sumalla, las lesiones culposas deben reunir las características propias de todo delito imprudente, cuyo contenido del injusto está integrado por: **a)** la parte objetiva del tipo, constituida por la infracción, mediante acción u omisión, de la norma de cuidado, exigible en el tráfico (desvalor de la acción), formada por un doble deber de prever el peligro y de acomodar la conducta a tal previsión; **b)** la parte subjetiva, concretada en el dolo referido meramente a la conducta peligrosa pero que no alcanza el resultado típico, sin que sea necesaria la concurrencia efectiva de la previsión aproximada del peligro (según se produzca o no estaremos ante una culpa consciente o inconsciente, ambas con idénticas consecuencias punitivas); **c)** la causación de un resultado típico imputable objetivamente a la conducta peligrosa (desvalor del resultado), sin el cual el hecho permanecerá impune (no caben las formas imperfectas de ejecución).

El tema del resultado, en cuanto a su disvalor, no se trata de una condición de punibilidad, pues ambos planos de disvalor forman conjuntamente el injusto típico en las lesiones culposas; si las lesiones no llegan a concretizarse, no hay conducta que penalizar.

El daño en el cuerpo o en la salud tiene por común denominador el número de días mínimos de asistencia facultativa o de impedimento de trabajo de la víctima, prescindiéndose, por tanto, de la enunciación casuística, como sucede en las

lesiones dolosas; situación que ya no es tanto así, luego de la modificación producida en el articulado por la Ley N°27533 del 2002.

Ahora bien, dentro de nuestra legislación peruana, al delito de lesiones culposas lo encontramos en el artículo 124 del Código Penal, el cual presenta un tipo básico cuando el agente por culpa, causa a otro daño en el cuerpo o la salud, esta conducta será reprimida con pena privativa de la libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días multa. Este artículo agrega una forma agravada, con la pena no menor de uno ni mayor de dos años, cuando ocasionan una lesión grave de conformidad con el artículo 121 o 121-A del Código Penal, según sea el caso. Agrega además la lesión motivada por atropello culposo con vehículo motorizado, **a)** encontrándose el agente bajo efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, luego de haber ingerido alcohol en proporción mayor de a 0.5 gramos-litro, **b)** cuando sean varias las víctimas de un mismo hecho; **c)** cuando la lesión resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito y **d)** cuando la lesión resulte de la inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria; todas estas conductas deben ser culposas o imprudentes., mas no dolosas.

4. Tipo de lo injusto.

A) Aspecto objetivo

➤ Sujetos

Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, representada en el tipo con la expresión “el que”, vinculada o no a la víctima.

Sujeto pasivo

De igual manera, puede ser cualquier persona, vinculada o no a la víctima, capaz o no.

➤ **Conductas prohibidas**

Se circunscriben de la siguiente manera:

a. **Lesión culposa básica.**

Su conducta se orienta a la comisión de un hecho lícito, pero que derivan a un resultado ilícito, no querido, por falta de previsión de lo previsible.

b. **Lesión culposa grave.**

En este caso, la culpa tiene igual contenido al descrito en la lesión culposa básica, con la diferencia del resultado que debe ser el comprendido en el artículo 121.

c. **Lesión con vehículo motorizado, encontrándose alterado el autor.**

Es necesario entender que el instrumento con el que se realiza el comportamiento culposo, debe ser un vehículo motorizado, es decir, impulsado por motor, sea a gas, gasolina, petróleo, por lo que la bicicleta, triciclo, carretilla y otros no están comprendidos en este dispositivo. El vehículo motorizado al que hace diferencia el artículo 124, debe conducir el agente, bajo el efecto de estupefacientes, o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro. Es necesario advertir que la hipótesis en estudio se configura cuando manejando el autor en el estado que se señaló precedentemente atropella y provoca la lesión. La teoría radica en que una persona, bajo éste efecto, pierde el equilibrio, la noción de la distancia, los movimientos de la destreza, llegando a alteraciones en la conducta, que le discapacita para manejar con seguridad un vehículo.

d. Lesión que genera pluralidad de agraviados.

El legislador presenta esta lesión como resultado de cualquier comportamiento independiente sin vinculación especial con ningunas de las especificaciones tratadas.

e. Lesión con inobservancia de las reglas técnicas de tránsito.

Sin duda alguna que esta lesión, debe ser el resultado de un accidente de tránsito, como consecuencia de haber manejado el agente o habiendo estacionado imprudentemente al vehículo, en esta agravante puede ser cualquier vehículo motorizado, porque se presenta como una conducta independiente.

Estas reglas técnicas de tránsito se encuentran comprendidas en el Reglamento Nacional de Tránsito – Código de Tránsito – Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, texto de obligatorio conocimiento del que maneja un vehículo, en este caso, estamos ante una ley penal en blanco, porque para la tipificación de la conducta se requiere la existencia del referido reglamento. Y es la policía especializada en el perito encargado de emitir opinión respecto de los daños materiales, y como ya es de conocimiento que es el médico legista quien emite opinión respecto a las lesiones.

El Reglamento antes citado, tiene por objeto establecer normas que regulan el uso de las vías públicas terrestres, aplicables a los desplazamientos de personas, vehículos y animales y a las actividades vinculadas con el transporte y el medio ambiente, en cuanto se relacionan con el tránsito y rige en todo el territorio de la República.

Para mayor conocimiento, hemos considerado señalar algunos conceptos que nos ayudaran a enmarcarnos en la investigación de la presente tesis.

Accidente: Evento que cause daño a personas o cosas, que se produce como consecuencia directa de la circulación de vehículos. Acera: Parte de la vía, destinada al uso de peatones (Vereda). Adelantar: Maniobra mediante la cual un

vehículo se sitúa delante de otro que lo antecede, utilizando el carril de la izquierda a su posición, salvo excepciones. Autopista: Carretera de tránsito rápido sin intersecciones y con control total de accesos. Berma: Parte de una carretera o camino contigua a la calzada, no habilitada para la circulación de vehículos y destinada eventualmente a la detención de vehículos en emergencia y circulación de peatones (Banquina). Calzada: Parte de la vía destinada a la circulación de vehículos y eventualmente al cruce de peatones y animales. Carril: Parte de la calzada destinada al tránsito de una fila de vehículos. Cuneta: Zanja al lado del camino o carretera destinada a recibir aguas pluviales. Demarcación: Símbolo, palabra o marca, de preferencia longitudinal o transversal, sobre la calzada, para guía del tránsito de vehículos y peatones. Intersección: Área común de calzadas que se cruzan o convergen. Isla: Área de seguridad situada entre carriles destinada a encauzar el movimiento de vehículos o como refugio de peatones. Línea de parada: Línea transversal marcada en la calzada antes de la intersección que indica al conductor el límite para detener el vehículo acatando la señal correspondiente (Línea de detención). Paso peatonal: Parte de la calzada destinada para el cruce de peatones. (Crucero peatonal). Peatón: Persona que circula caminando por una vía pública.

Son Autoridades competentes en materia de tránsito terrestre: 1) El Ministerio de Transportes y Comunicaciones; 2) Las Municipalidades Provinciales; 3) Las Municipalidades Distritales; 4) La Policía Nacional del Perú; y, 5) El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

De otro lado debe precisarse, que no solamente la persona que maneja un vehículo está obligado a acatar las disposiciones reglamentarias que rige el Código de Transito, sino también el peatón, pues asume las responsabilidades que se deriven de su incumplimiento.

Las infracciones al tránsito del conductor son las que figuran en el cuadro de Tipificación, Sanciones y Medidas Preventivas aplicables a las infracciones al tránsito terrestre, del Reglamento de Tránsito antes citado y de igual forma para el peatón según corresponde.

Para entregar las licencias de conducir de vehículos motorizados, el Estado, por medio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, prepara o exige preparación especial a los postulantes y es allí donde se advierte a los flamantes conductores la importancia que tiene el conocimiento riguroso y la aplicación diligente de las reglas técnicas de tránsito, de modo que si no las observa y causa lesiones, será sancionado con mayor pena.

La sanción punitiva que deba agregarse a esta agravante, por motivos de orden preventivos, es la aplicación de la pena de inhabilitación, según lo previstos en el inciso 4, 6 y 7 del artículo 36 del código penal: Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria; suspensión o cancelación de la autorización para aportar o hacer uso de arma de fuego, y la suspensión, o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo. Se considera que la pena de inhabilitación, dado su carácter represivo, debe circunscribirse a la actividad que se estaba desarrollando cuando se cometió el delito, y no otras. Puesto que se estaría desnaturalizando su fundamento material. El hecho de suspenderse el permiso de conducir, es más que suficiente, el resto de privaciones de otra índole, atenta contra el principio non bis in ídem.

f. Lesión con inobservancias con reglas de profesión, ocupación, industria.

La vulneración a los deberes impuestos por desarrollar una profesión, ocupación o industria está considerada como circunstancia que agrava la acción culposa. Ello tiene plena justificación en el hecho de que al desempeñarse en actividades que exigen del agente la máxima diligencia en observar las reglas técnicas que le son

propia su inobservancia como consecuencia de ello se produce una lesión de determinada persona, sin duda, hacen más reprochable la acción del sujeto activo.

La forma de redacción de la agravante nos orienta a sostener que la vulneración de los deberes impuestos por desarrollar una profesión, ocupación o industria está considerada como circunstancia que agrava la acción culposa. Ello tiene plena justificación en el hecho de que al desempeñarse en actividades que exigen del agente la máxima diligencia en observar las reglas técnicas que le son propias para el desarrollo de su actividad, su inobservancia, sin duda, hacen más reprochable la acción del sujeto activo. La agravante se fundamenta sobre la función social que desarrolla el agente en el conglomerado social.

B) Aspecto subjetivo

El resultado producto de la actividad del autor no fue el querido por el mismo, debido a que obedece a la ausencia de previsión, es así que su accionar respondería por un delito culposos.

5. Bien jurídico protegido

Con la tipificación del artículo 124 que recoge las lesiones simples o graves culposas, el Estado busca proteger dos bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en sociedad, como ya lo hemos definido al hablar de las lesiones propiamente dichas, esto es, la integridad física de las personas por un lado; y por el otro, la salud de las personas en general.

6. Tentativa

En los delitos culposos no se admite la tentativa, puesto que estaríamos hablando de otro modo sobre delitos dolosos, lo cual no es el caso.

7. Consumación

El delito es consumado al producirse la lesión, el menoscabo al bien jurídico protegido, a consecuencia de los comportamientos descritos con la explicación de la conducta prohibida.

8. Pena

- a. En el tipo básico la pena es conjunta, privativa de libertad a de dos días (artículo 29) a un año y sesenta a ciento veinte días- multa. Se sobrentiende que aquí la lesión debe ser leve, es decir, la contemplada en el artículo 122 del código penal.
- b. Cuando la lesión es grave son las contempladas en el artículo 121 del código penal, explicada en el punto dos, de las “conductas prohibidas” la pena será igualmente conjunta, de uno a dos años de privación de libertad y multa de sesenta a ciento veinte días.
- c. Cuando el agente ocasiona la lesión al conducir un vehículo motorizado bajo los efectos de estupefacientes o de alcohol en mayor proporción de 0.5 gramos-litro, la pena será, igualmente conjunta; privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme a los incisos 4,6 y 7 del artículo 36 del código penal, inhabilitación que actúa como pena principal, por lo que se extiende de seis meses a cinco años (artículo 38) del código penal.
- d. Cuando sean varias las víctimas de la lesión la pena será igual en el caso tercero, privativa de libertad entre tres a cinco años, a criterio del juzgador e inhabilitación de acuerdo con los incisos 4,6 y 7 del artículo 36 del Código Penal; como no se especifica la conducta es conveniente realizar un análisis independiente, cuando la lesión es causada del uso indebido de arma de fuego; aquí el juez está autorizado para suspender o cancelar la autorización otorgada al agente según la gravedad del hecho.

- e. En la lesión cometida por la inobservancia de las reglas técnicas de tránsito la pena será la privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación contemplada en los incisos 4, 6 y 7. En esta agravante solo será aplicable el inciso 7, la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, porque el delito se va a cometer contraviniendo las normas de tránsito. Esta inhabilitación se aplicará obligatoriamente porque se trata de una pena conjunta, donde ya no es aplicable similar inhabilitación contemplada en el artículo 40 del código penal porque es accesoria.
- f. Cuando el delito resulta de la inobservancias de las reglas de profesión, ocupación o industria, que han sido debidamente explicadas la pena ya no es conjunta, únicamente privativa de libertad entre dos días, de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal y una máxima de tres años.

9. **Aspecto procesal**

Excepcionalmente esta figura, en su contenido sustantivo presenta un aspecto procesal, cuando se refiere al ejercicio de la acción penal.

Debemos de interpretar que el ejercicio de la acción privada es sólo es sólo para el tipo básico, en lo restante se promueve la acción de oficio, porque indudablemente los daños son mayores.

En la práctica, la policía investiga en primer lugar, lo cual concluye con un atestado, tanto en el tipo básico como en las formas agravadas, en ambos casos remite lo actuado a la Fiscalía, es en esta dependencia, donde se denuncia de oficio al Juez Penal, las formas agravadas, lo que no ocurre con las lesiones leves que conforman el tipo básico, ellas se archivan mientras el agraviado accione expresamente ante la Fiscalía, únicamente en este caso el Ministerio Público

formula denuncia ante el Juez Penal, es lo que se llama “acción privada”, caso contrario el atestado queda archivado en la Fiscalía.

Asimismo, la Policía como primera dependencia receptoras de denuncias en muchos casos, interviene en la generalidad de las lesiones, ella remite a la Fiscalía cuando son delitos, y al Juez de Paz cuando son faltas.

TÍTULO III

METODOLOGÍA

Capítulo Único

METODOLOGÍA

1. Metodología

1.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo sustantiva descriptiva porque se describe la situación en que se encuentra la variable: Teoría de la imputación objetiva.¹⁹⁴

1.2. Diseño de investigación

El diseño de la investigación es el no experimental de tipo transversal descriptivo.

Es no experimental porque no se manipula la variable en estudio, mientras que, es transversal descriptivo porque los datos serán recolectados en el mismo contexto, en un mismo momento y luego se analiza esos datos para obtener la situación en que se encuentra la variable.

El diseño es:

M	O
---	---

Donde:

M: Muestra en quienes se realiza el estudio.

O: Observación a la variable: Teoría de la imputación objetiva.

Los pasos que se siguieron en el estudio son:

¹⁹⁴CARRASCO DIAS, Sergio. *Metodología de la investigación científica*. Primera Edición. Editorial San Marcos. Perú. 2006, p. 44.

- A) Se realizó la observación a la variable en la muestra.
- B) Se sistematizó los datos o información.
- C) Clasificación de la información, organizándolos en cuadros y representándolos en gráficos.
- D) Análisis e interpretación de los datos.¹⁹⁵

1.3. **Población y Muestra**

Población: 05 Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Maynas en el marco del Código Procesal Penal de 2004, vigente en el Distrito Fiscal de Loreto a partir del 01 de octubre de 2012.

Muestra: El 100% de los requerimientos acusatorios y de sobreseimientos, es decir, las 05 Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Maynas en el marco de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004.

1.4. **Procedimiento, técnicas e instrumentos de recolección de datos:**

A) **Técnicas:** Para recabar la información que enriquezca la presente investigación se recurrió a:

- **Estadísticas:** Se utilizaron cuadros estadísticos, los que nos proporcionaron “características”.
- **Análisis de datos bibliográficos y de casos:** Se utilizó los libros, páginas virtuales, carpetas fiscales, expedientes judiciales, los cuales nos proporcionaron las diferentes “posiciones” sobre el tema, gracias a la lógica (estructura del pensamiento) y al razonamiento (fundamentación).

¹⁹⁵HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto. *Metodología de la investigación científica*. Quinta Edición. Editorial MCGRAW HILL. México. 2010. P. 78.

B) Instrumentos: Los principales instrumentos que utilizamos en la investigación son:

- Carpetas Fiscales.
- Expedientes judiciales.
- Libros y páginas virtuales.
- Cuadros estadísticos.

1.5. Procesamiento de la información

La información es procesada en forma computarizada, empleando el paquete estadístico computacional IBM, SPSS versión 19 en español y MINITAB sobre la base de datos, cuyos resultados son clasificados para la elaboración de tablas y su representación en gráficos.

El análisis e interpretación de la información se realizó empleando el análisis descriptivo: Frecuencia, promedio (\bar{X}), porcentaje (%).

TÍTULO IV

RESULTADOS

Capítulo Único

RESULTADOS

1. Aspectos generales

En el presente capítulo se pasará a analizar la información obtenida, tanto en la encuesta, entrevista y la información extraída de las disposiciones y requerimientos fiscales donde se aplicaron o debieron aplicar la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, el cual incluirá un resumen de los datos recolectados a través del análisis descriptivo e inferencial, para posteriormente realizar la contrastación y la comprobación de las hipótesis.

Al respecto, debemos señalar que en las encuestas y entrevistas, no se ha utilizado la técnica de preguntas sugeridas, es decir, aquella en donde la pregunta contiene la propia respuesta, para que el encuestado o entrevistado responda si está de acuerdo o en desacuerdo, ya que esta técnica nos podría arrojar datos superfluos, por ello se utilizó preguntas directas (técnicas) donde se vea reflejado el real conocimiento sobre el tema que tiene el encuestado o entrevistado.

2. Análisis y resultados de las encuestas

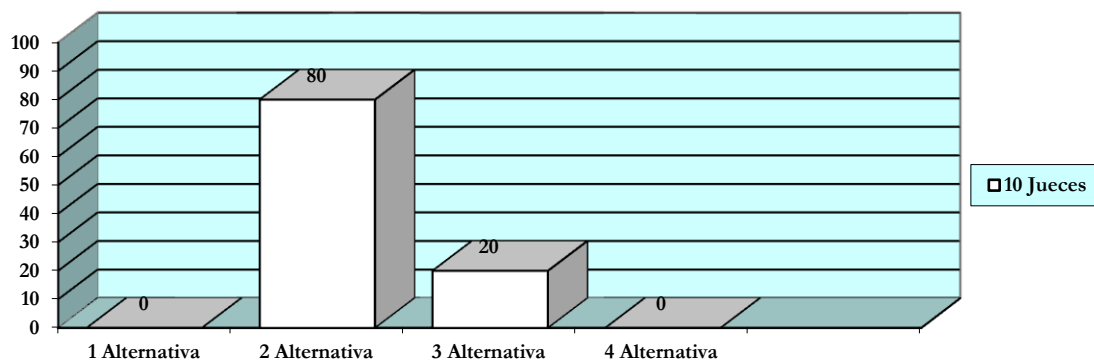
Encuestas a Magistrados del Poder Judicial del Distrito Judicial de Loreto y del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto (Provincia de Maynas)

1. ¿Conoce sobre qué sistema se fundamenta el Código Penal de 1991?

Tabla N° 1.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Sistema causalista	00	00 %
b	Sistema finalista	08	80 %
c	Sistema funcionalista	02	20 %
d	Todas las anteriores	00	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 1.1



Interpretación

La primera pregunta de la encuesta se enfoca en el tipo de sistema sobre el cual se fundamenta nuestro actual Código Penal de 1991, toda vez que es conocido en el mundo del Derecho penal, la existencia de tres sistemas superados entre sí, como son el sistema causalista, finalista y funcionalista.

Sobre esta pregunta, analizando la presente tabla y gráfico se observa que el

80 % de Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, representado por 08 encuestados, consideran que el sistema sobre el cual se fundamenta nuestro Código Penal de 1991, es el “*finalista*”, y solo el 20 % de tales Magistrados, representado por 02 de ellos, son de la posición que dicho sistema lo representa el “*funcionalista*”.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, reflejando así la obligación de comprobar si el autor tuvo la posibilidad de comprender la ilicitud de su acto, proscribiendo toda forma de responsabilidad por el resultado.

Entonces, el sistema impuesto en nuestro Código Penal prohíbe la responsabilidad por el resultado, característica del “*sistema causal*”, es decir, la simple relación causal entre una conducta y su resultado no basta para responsabilizar a una persona, exigiéndose principalmente determinar si dicha persona conoció de la conducta y tuvo intención de cometerlo (dolo) o existiendo el nexo causal también se configuró la inobservancia del debido cuidado (culpa).

Implantado el “*sistema finalista*” en nuestro ordenamiento jurídico penal, el cual es acogido por el 80 % de los Magistrados encuestados, es de tener presente que el 20 % restante considera al “*sistema funcionalista*” como el núcleo central de dicho ordenamiento jurídico, el cual se define por el rol que desarrolla la persona en la sociedad, quien principalmente no debe elevar el riesgo permitido.

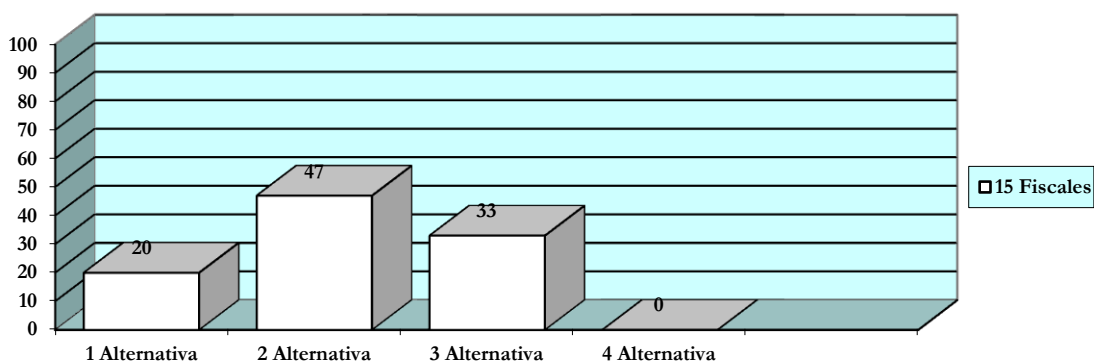
Si bien el “*sistema funcionalista*” no constituye el núcleo central del aparato jurídico - penal, sin embargo, la dogmática jurisprudencial introdujo este sistema al preexistente, desarrollando en casos determinados la teoría de la imputación objetiva, que constituye el dogma de dicho sistema, y por tanto, contiene los elementos que lo caracterizan, como son el riesgo permitido y la imputación a la víctima.

Por tanto, este contexto clarifica la posición de los Magistrados encuestados en referencia a la pregunta absuelta, determinándose que ninguno de ellos eligió al “*sistema causalista*” como fuente del Derecho penal peruano, debido a que este sistema se superó por el “*sistema finalista*”, el cual actualmente se complementa con el “*sistema funcionalista*”.

Tabla N° 1.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Sistema causalista	03	20 %
b	Sistema finalista	07	47 %
c	Sistema funcionalista	05	33 %
d	Todas las anteriores	00	00%
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 1.2



Interpretación

En cuanto a los Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto, fueron 15 el total de encuestados, de los cuales 03 de ellos, que representan el

20 %, son de la posición que el sistema que fundamenta nuestro Código Penal de 1991, es el “*sistema causalista*”; 08 de dichos encuestados, que constituyen el 47 %, consideran al “*sistema finalista*” como el fundamento de nuestro sistema jurídico penal; y, 05 de ellos, que son el 33 %, adoptan al “*sistema funcionalista*” como el núcleo central del Código Sustantivo.

A diferencia de la interpretación precedente, en esta el 20 % de encuestados apostó por el “*sistema causalista*”, sistema que imperó en el Código Penal de 1924, y que fue superada por el actual Código Penal, reflejándose dicha superación principalmente en el invocado artículo VII del Título Preliminar del Código Penal de 1991.

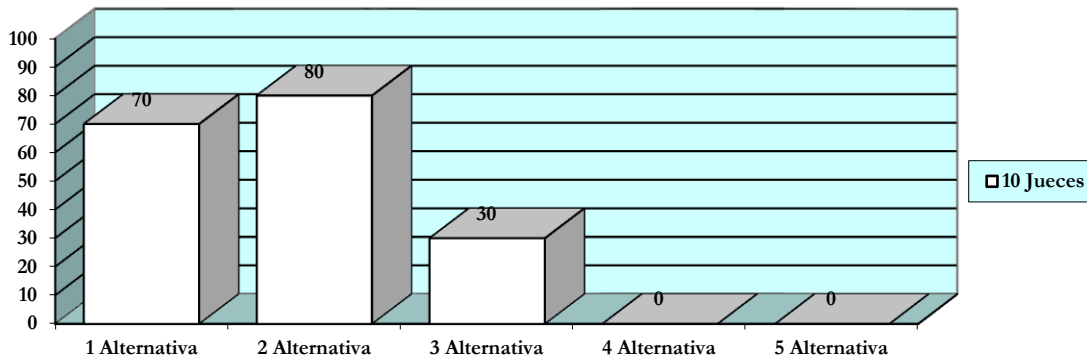
Como vemos, aún existen representantes del Ministerio Público que visualizan al Derecho penal bajo un sistema ya superado, como es el “*sistema finalista*”, el cual a su vez es complementado por el sistema “*sistema funcionalista*”, analizado en la teoría del delito, en lo que respecta al elemento tipicidad.

2. ¿Cómo fue introducido en el Derecho penal peruano el sistema funcionalista?

Tabla N° 2.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Jurisprudencia	7	70 %
b	Ley	0	00 %
c	Acuerdo Plenario	3	30 %
d	Dogmática	0	00 %
e	Precedente vinculante	0	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 2.1



Interpretación

Estando a que en nuestro Derecho penal el “*sistema finalista*” constituye la base de su funcionamiento, el cual es complementado en la teoría del delito, específicamente en la tipicidad, con el “*sistema funcionalista*”, representado por la teoría de la imputación objetiva, el cual a su vez se representa por sus diversos elementos que lo desarrollan, entre ellos el riesgo permitido e imputación a la víctima, la presente pregunta está encaminada a conocer la apreciación de los Magistrados en relación a cómo se introdujo a nuestro sistema penal el “*sistema funcionalista*”.

Respecto a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en su mayoría hubo una respuesta acertada, pues, 07 de ellos, que representan el 70 %, contestaron que la introducción del “*sistema funcionalista*” al actual sistema penal fue mediante la jurisprudencia, y efectivamente la decisión especialmente de la Corte Suprema abre las puertas del Derecho penal nacional con la finalidad de que dicho sistema se introduzca y lo complementa.

Tales decisiones la podemos encontrar, por ejemplo, en el Expediente N° 4288-97-Ancash, donde la Sala Penal de la Corte Suprema el 13 de abril de 1998, aplicó la teoría de la imputación objetiva desde el “*riesgo permitido*”; en el Recurso de

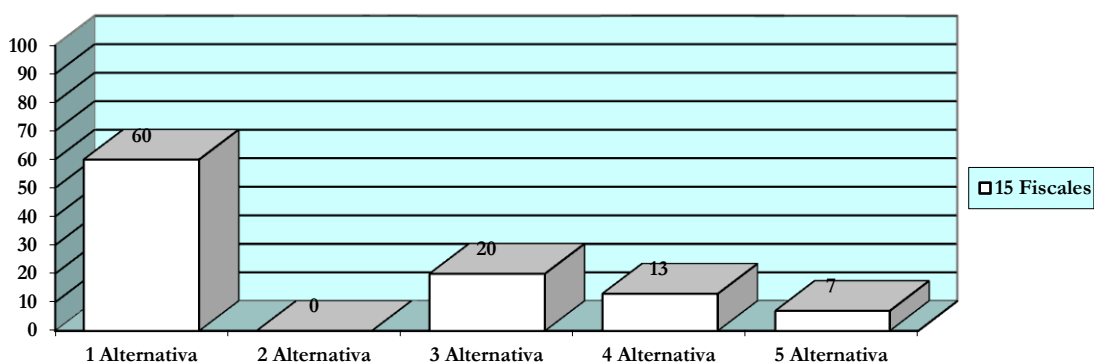
Nulidad N° 1062-2004-Lima, del 22 de diciembre de 2004, la misma Sala Penal resolvió aplicando la teoría de la imputación objetiva, enfocada desde su vértice de la *“prohibición de regreso”*; en el Recurso de Nulidad N° 2270-2004-La Libertad, del 16 de setiembre de 2004, donde la misma Sala resuelve la causa aplicando dicha teoría desde su ángulo del *“principio de confianza”*; en el Expediente N° 552-2004-Puno, del 25 de noviembre de 2004, donde dicha Sala resolvió el proceso bajo la imputación objetiva aplicando los elementos de *“riesgo permitido”* y *“principio de confianza”*; en el Recurso de Nulidad N° 623-2004-Curso, del 09 de junio de 2004, donde la Sala Penal Transitoria aplicando la misma teoría, desde su elemento de la *“imputación a la víctima”*, resolvió el proceso; en el Expediente N° 608-2004-Ucayali, del 24 de noviembre de 2004, donde la misma Sala resolvió la causa aplicando la *“prohibición de regreso”*; y, en el Recurso de Nulidad N° 776-2006-Ayacucho, del 23 de julio de 2007, donde la misma Sala resuelve el proceso bajo la misma teoría desde el *“principio de confianza”*; o como lo resuelto por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde en el Expediente N° 1219-04, el 01 de setiembre de 2006, resolvieron la causa aplicando dicha teoría, enfocada desde el *“riesgo permitido”*, significando que dicha Sala, entre otros, estuvo conformada por el Doctor José Antonio Neyra Flores, hoy Juez Supremo Penal.

En otro sentido, el 20 % de los encuestados, representados por 03 Magistrados, han considerado que la introducción a nuestro sistema penal del *“sistema funcionalista”*, se efectuó mediante Acuerdo Plenario, siendo ésta una posición equívoca, debido simplemente a que no existe Acuerdo Plenario a la fecha que haya tratado este tema.

Tabla N° 2.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Jurisprudencia	9	60 %
b	Ley	0	00 %
c	Acuerdo Plenario	3	20 %
d	Dogmática	2	13 %
e	Precedente vinculante	1	07 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 2.2



Interpretación

En cuanto a los Magistrados que conforman el Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto, la mayoría de ellos representados por 09 encuestados, los que a su vez representan el 60 %, son de la correcta posición de que el “*sistema funcionalista*” se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico penal mediante la jurisprudencia, ya habiéndose precisado como ejemplo los procesos donde se resolvió aplicando la

teoría de la imputación objetiva.

Igual como ocurrió con los Magistrados del Poder Judicial, en este caso 03 encuestados del Ministerio Público, erróneamente consideran que el Acuerdo Plenario resulta ser el medio mediante el cual se introdujo el “*sistema funcionalista*”, sin embargo, no existe Acuerdo Plenario que haya desarrollado este tema.

De igual de erróneo resulta la consideración de otros 02 encuestados, quienes son de la posición que resulta ser la dogmática el medio a través del cual se complementó el “*sistema funcionalista*”, y es que si bien la dogmática hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, sustrayéndola de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación, ya que sin ella el Derecho penal más dependerá del azar y de factores incontrolables, tal como lo afirma Kai Ambos; sin embargo, la dogmática como fuente del Derecho -en general- se ubica en el último escalón de las mismas, a comparación de la jurisprudencia que se encuentra después de la Ley, y por excelencia, se desarrolla en las decisiones o fallos de los Tribunales de Justicia, expedidos a efectos de defender la legalidad y otros principios propios del Derecho.

Asimismo, solo 01 encuestado optó por considerar al precedente vinculante como el medio que introdujo el “*sistema funcionalista*”; al respecto, el precedente vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal de Justicia decide establecer como regla general, y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. En base a ello, toda decisión jurisprudencial puede optar el carácter de precedente vinculante, cuando así expresamente lo considere el propio Tribunal de Justicia, y un ejemplo claro de ello lo encontramos en el Recurso de Nulidad N° 1062-2004-Lima, ya citado en la interpretación precedente, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia estableció que los fundamentos jurídicos sexto y séptimo son precedente vinculante; por tanto,

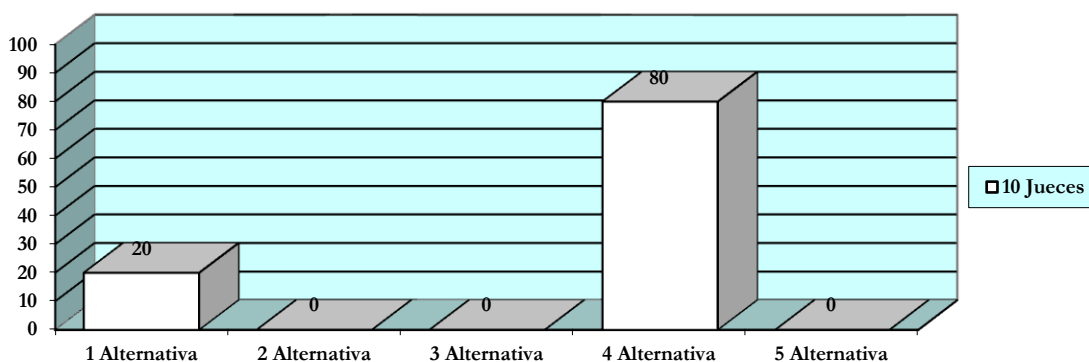
existe una conexión jurídica - procesal entre la jurisprudencia y el precedente vinculante, considerándose así esta opción también como acertada.

3. ¿Qué clase de funcionalismo fue introducido en el Derecho penal peruano?

Tabla N° 3.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Funcionalismo post finalista político criminal representado por Claus Roxin	2	20 %
b	Funcionalismo post moderno o avanzado (normativista) representado por GüntherJakobs	0	00 %
c	Funcionalismo causal	0	00 %
d	Solo a) y b)	8	80 %
e	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 3.1



Interpretación

A modo de introducción, el “*sistema funcionalista*” cuenta con dos corrientes, el “*funcionalismo penal moderno o teleológico - valorativo*” y el “*funcionalismo normativo o radical*”, el primero representado por Claus ROXIN y el segundo por Günther JAKOBS. 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. Por su parte, Jakobs pretende superar a ROXIN, funcionalizando todos los conceptos jurídico - penales, considerando que el ordenamiento jurídico – penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de las normas en base al cual se constituye la sociedad¹⁹⁶.

Entendida de esta forma la diferencia entre la posición de Claus ROXIN y Günther JAKOBS, 08 Magistrados encuestados consideran que ambos funcionalismos fueron introducidos a nuestro Derecho Penal, significando ello una visión amplia sobre el tema, de quienes se infiere que conocen la naturaleza de cada posición doctrinaria y su diferencia sustancial.

Sin embargo, solo 02 Magistrados optaron por responder que solo fue introducido a nuestro Derecho Penal el funcionalismo de Claus ROXIN, entendiéndose que dichos encuestados no ven en la jurisprudencia la posición de GüntherJakobs, representado por el mundo normativo que propone, por encima de la persona humana y en pro de la subsistencia de las normas sobre las cuales se constituye la sociedad.

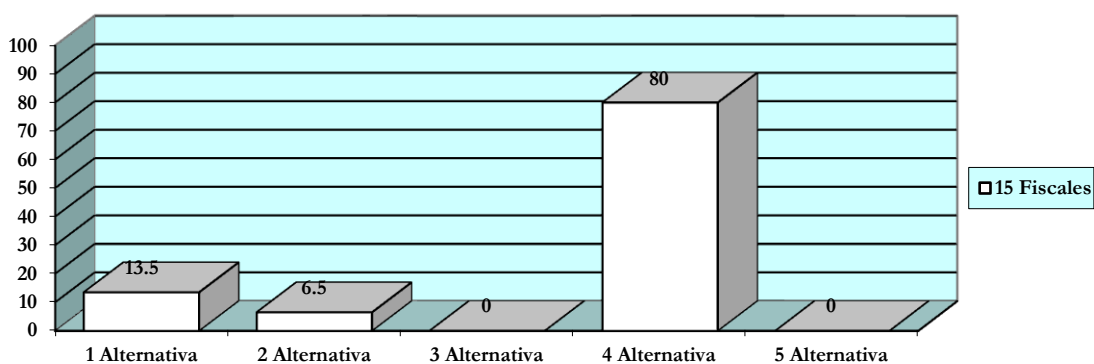
¹⁹⁶ ARIAS EIBE, Manuel José. *Funcionalismo penal moderado o teleológico – valorativo versus funcionalismo normativo o radical*.

http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9977/1/Doxa_29_24.pdf

Tabla N° 3.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Funcionalismo post finalista político criminal representado por Claus Roxin	2	13.5 %
b	Funcionalismo post moderno o avanzado (normativista) representado por Günther Jakobs	1	6.5 %
c	Funcionalismo causal	0	00 %
d	Solo a) y b)	12	80 %
e	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 3.2



Interpretación

En forma casi similar que la encuesta realizada a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, en este punto los Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto en su mayoría optaron por considerar que el

funcionalismo introducido a nuestro Derecho penal es el representado tanto por Claus ROXIN como por Günther JAKOBS, debido que así lo hicieron conocer 12 encuestados, de quienes se infiere igualmente una visión amplia sobre este tema, presumiéndose un conocimiento profundo de la naturaleza de cada corriente y sus diferencias sustanciales.

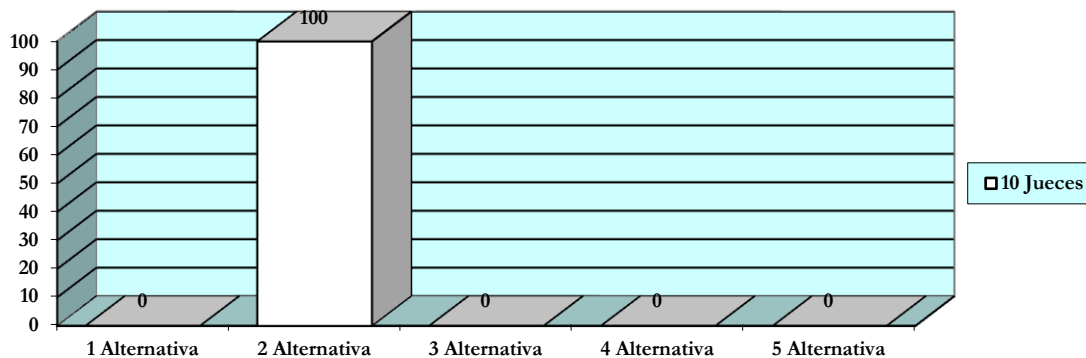
Por su parte, 02 encuestados optaron por considerar que el funcionalismo introducido a nuestro Derecho Penal se trata de la corriente creada por Claus ROXIN, y solo 01 encuestado adoptó la corriente creada por Günther JAKOBS, posiciones que reflejan una diferencia sustancial de ideas respecto a dicho tema en relación a nuestra realidad jurídica penal, las que finalmente podrán ser corroboradas mediante el análisis de los pronunciamientos fiscales.

4. ¿La teoría de la imputación objetiva - sistema funcionalista, en qué elemento de la teoría del delito se desarrolla?

Tabla N° 4.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Acción	0	00 %
b	Tipicidad	10	100 %
c	Antijuridicidad	0	00 %
d	Culpabilidad o responsabilidad penal	0	00 %
e	Penalidad	0	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 4.1



Interpretación

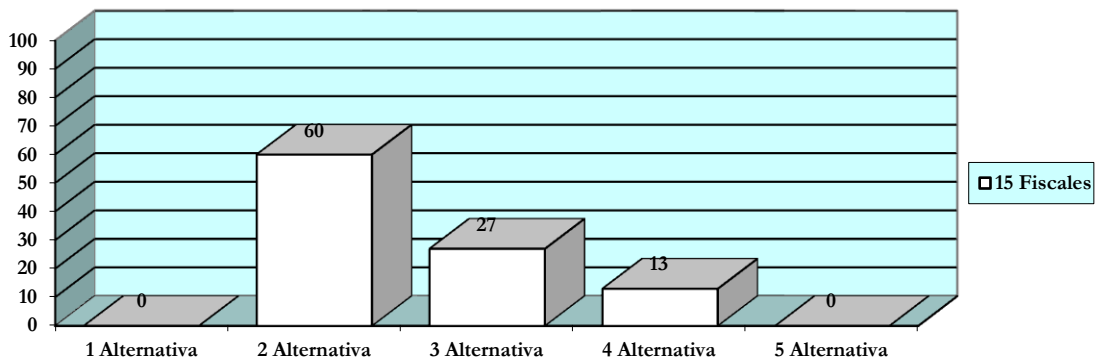
En forma correcta todos los encuestados, Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Loreto han señalado que la imputación objetiva que desarrolla el dogma del “*sistema funcionalista*” se desarrolla en la tipicidad que compone la teoría del delito.

Efectivamente, es en la tipicidad donde se debe desarrollar la imputación objetiva, debido a que en este elemento se analiza si la conducta se adecua al tipo penal (juicio de tipicidad o subsunción), y dicho análisis de adecuación comprende la verificación de la configuración de los elementos que a su vez integran la imputación objetiva (riesgo permitido, imputación a la víctima, principio de confianza y prohibición de regreso).

Tabla N° 4.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Acción	0	00 %
b	Tipicidad	9	60 %
c	Antijuridicidad	4	27 %
d	Culpabilidad o responsabilidad penal	1	13 %
e	Penalidad	0	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 4.2



Interpretación

En lo que respecta a los Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto, se tiene que 09 de ellos consideran que la imputación objetiva se analiza en la “*tipicidad*”, como elemento de la teoría del delito. Sobre esta posición, analizada en la interpretación precedente, se considera que resulta ser la correcta, existiendo un porcentaje mayoritario (60 %) que indica que en el Ministerio Público se analiza esta figura en el elemento correspondiente.

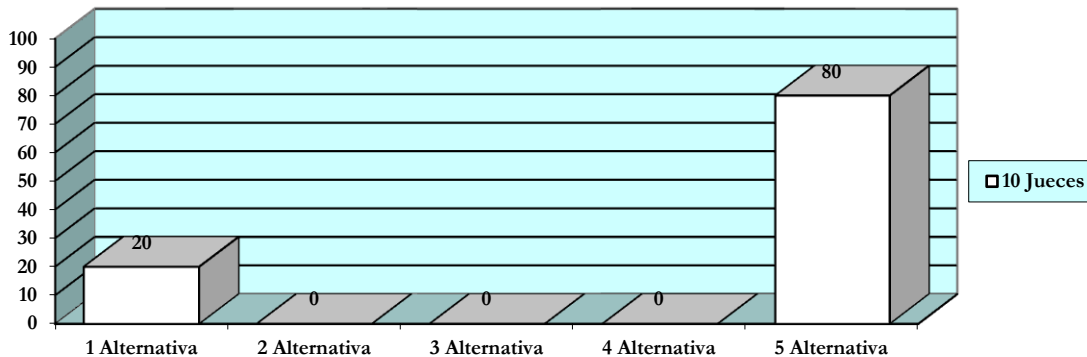
Sin embargo, minoritariamente 04 encuestados consideran que dicho análisis se efectúa en el elemento “antijuridicidad”, y 01 encuestado optó por considerar al elemento de “culpabilidad o responsabilidad penal”, siendo estas posiciones equívocas, debido a que la imputación objetiva como parte del “funcionalismo”, se centra en analizar la función de la persona en la sociedad, quien se muestra en la misma mediante su conducta, el cual se analiza penalmente en el elemento de la “tipicidad”.

5. ¿Qué institución de la teoría de la imputación objetiva se relaciona a los delitos culposos?

Tabla N° 5.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Riesgo permitido	2	20 %
b	Principio de confianza	0	00 %
c	Prohibición de regreso	0	00 %
d	Ámbito de competencia de la víctima	0	00 %
e	Solo a) y b)	8	80 %
f	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 5.1



Interpretación

Los elementos que integran la imputación objetiva lo representan el “*riesgo permitido*”, “*principio de confianza*”, “*prohibición de regreso*” y “*ámbito de competencia de la víctima*”, significando que cada elemento tiene su propia naturaleza y su aplicación corresponde a determinados casos en los cuales su naturaleza se adecua por la propia naturaleza del propio caso.

Así, el “*riesgo permitido*” se enfoca en la sociedad que hoy vivimos, la cual está repleta de riesgos que se presentan en nuestro acontecer diario como por ejemplo, conducir vehículos motorizados, el cual de por sí es un riesgo, sin embargo, constituye un riesgo “*permitido*” por los beneficios que su actividad ofrece a la sociedad y por la necesidad de la sociedad de utilizar tales beneficios en pro de su funcionamiento (verbigracia, lejanía del lugar de destino a donde se llega más pronto a bordo de un vehículo motorizado).

La “*imputación a la víctima*” se representa en aquél suceso en que la propia víctima es la que pone en riesgo sus bienes jurídicos, que por tal riesgo, los mismos son lesionados o eliminados, el cual generalmente se configura en los peatones quienes en muchas oportunidades, sin respetar las reglas técnicas de tránsito, cruzan las calles por los lugares menos seguros para hacerlo o

directamente por las calles existiendo puentes peatonales, entre otros tantos ejemplos que día a día suceden en nuestra sociedad, a partir de los cuales se concretiza una imputación a la propia víctima, ya que ella misma por el riesgo creado o aumentado lesionó o eliminó sus bienes jurídicos.

La “*prohibición de regreso*” trata sobre aquellas conductas neutrales o inocuas de las personas que desarrollan en la sociedad en base a sus ocupaciones, profesiones u otras actividades propias de sus quehacer, los cuales son aprovechadas por los agentes para ejecutar y/o consumir los delitos.

El “*principio de confianza*” se configura especialmente en aquellos organismos estructurados y jerarquizados donde existe una distribución de funciones, y por tal, el agente confía en que su par realizará tales funciones en forma debida, depositando, por tanto, su “*confianza*” en dicha persona quien finalmente termina por cometer algún ilícito penal.

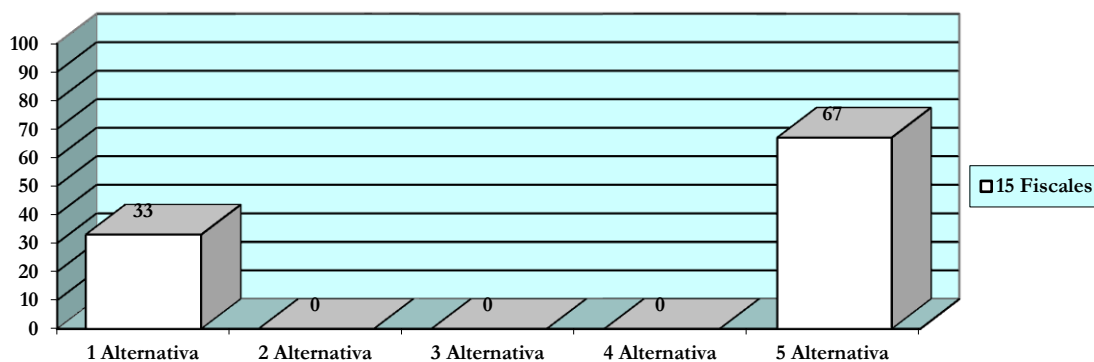
Determinada la naturaleza de cada elemento, podemos advertir que el “*riesgo permitido*” y la “*imputación a la víctima*” son aquellos elementos que se relacionan con los delitos culposos, especialmente con aquellos ilícitos cometidos por inobservancia a las reglas técnicas de tránsito, que constituyen el tema objeto de investigación.

Ante ello, de los Magistrados encuestados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, solo 08 de ellos respondieron en forma correcta respecto a tales elementos, habiendo respondido en forma equívoca 02 Magistrados, quienes tienen la concepción que sólo el “*riesgo permitido*” constituye el elemento relacionado a los delitos culposos.

Tabla N° 5.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Riesgo permitido	5	33 %
b	Principio de confianza	0	00 %
c	Prohibición de regreso	0	00 %
d	Ámbito de competencia de la víctima	0	00 %
e	Solo a) y b)	10	67 %
f	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 5.2



Interpretación

Los Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto en su mayoría, representados por diez (10) encuestados que representan el 67%, contestaron correctamente al considerar tanto al “*riesgo permitido*” como a la “*imputación a la víctima*”, como los elementos relacionados a los delitos culposos.

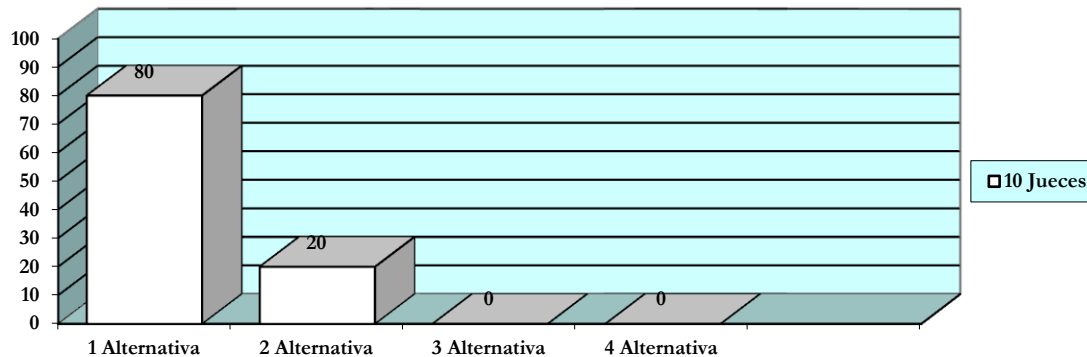
Por su parte, solo cinco (05) encuestados que representan el 33%, consideran al “riesgo permitido” como el elemento de la imputación objetiva que se relaciona a los delitos culposos, siendo una posición correcta pero incompleta, pues si bien dicho elemento se relaciona a dicha clase de delitos, pero no es el único, porque también se debe tener presente la “imputación a la víctima”.

6. **Quien tras asistir a una fiesta nocturna, se deja llevar en un automóvil por otro invitado, sabiendo que éste ha consumido alcohol y que no está por tanto en condiciones de conducirlo en forma segura. Estamos frente a:**

Tabla N° 6.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Autopuesta en peligro	8	80 %
b	Heteropuesta en peligro	2	20 %
c	Consentimiento de la víctima	0	00 %
d	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 6.1



Interpretación

El riesgo constituye la base de la imputación objetiva, a partir del cual se generan sus diversos elementos ya expuestos, sin embargo, en el elemento *“imputación a la víctima”*, encontramos dos componentes, tanto la *“autopuesta en peligro”* como la *“heteropuesta en peligro”*, diferenciándose una de la otra en base a quién controla el riesgo.

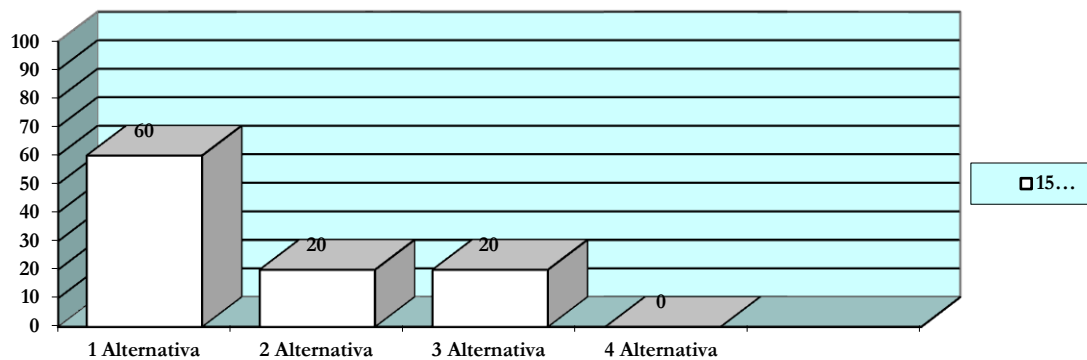
Así, en la primera de ellas, la propia víctima pone en riesgo sus bienes jurídicos y controla además dicho riesgo, siendo absolutamente responsable de las consecuencias jurídicas a partir de su propia conducta, he ahí la razón del porque en este caso estamos frente a una *“autopuesta”*, sin embargo, cuando la víctima pone en riesgo sus bienes jurídicos y no controla dicho riesgo, el cual es controlado por un tercero, no estamos frente a una *“autopuesta”*, sino a una *“heteropuesta”*, lo cual significa depositar en otro el control del peligro o riesgo.

Sobre este punto, en cuanto a la interrogante planteada, 08 Magistrados encuestados (80 %), respondieron que se trata de una *“autopuesta en peligro”*, errando en sus respuesta, pues se trataría de una *“heteropuesta en peligro”*, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, respuesta correcta adoptada solo por 02 Magistrados encuestados (20 %).

Tabla N° 6.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Autopuesta en peligro	09	60 %
b	Heteropuesta en peligro	03	20 %
c	Consentimiento de la víctima	03	20 %
d	Ninguna de las anteriores	0	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 6.2



Interpretación

Por su parte, los Magistrados del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto, en su mayoría, representados por 09 encuestados, que a su vez constituyen el 60 %, han considerado que la respuesta correcta a la interrogante es la “*autopuesta en peligro*”, respuesta equívoca conforme a la interpretación realizada líneas arriba.

Asimismo, de igual forma también respondieron de manera equívoca otros 03 Magistrados encuestados, que representan el 20 %, quienes adoptaron al “*consentimiento de la víctima*”, como el elemento de la imputación objetiva idónea para adecuar al caso concreto.

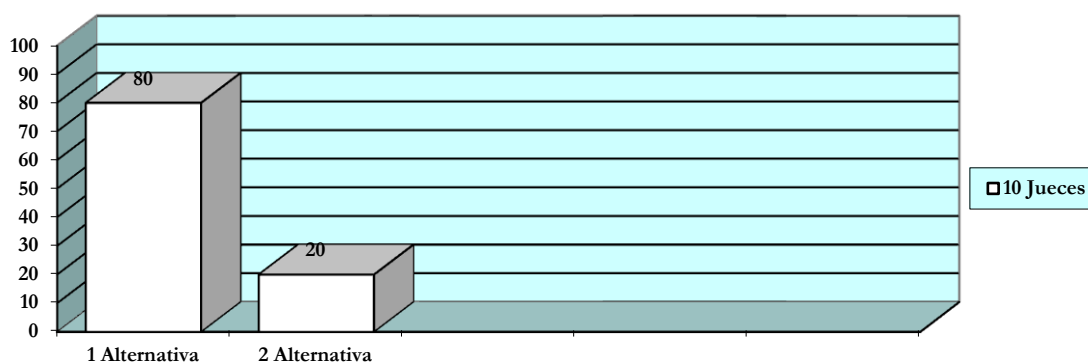
Dentro de este contexto, solo 03 Magistrados (20 % de los encuestados) han respondido correctamente, considerando que es la “heteropuesta en peligro”, el elemento indicado para resolver el caso concreto, toda vez que la víctima ha depositado el riesgo o peligro en manos de otra persona a sabiendas que ésta no se encontraba en las condiciones ideales para conducir un vehículo.

7. ¿El consentimiento de la víctima resulta ser un requisito para la configuración del instituto de heteropuesta en peligro?

Tabla N° 7.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Si	8	80 %
b	No	2	20 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 7.1



Interpretación

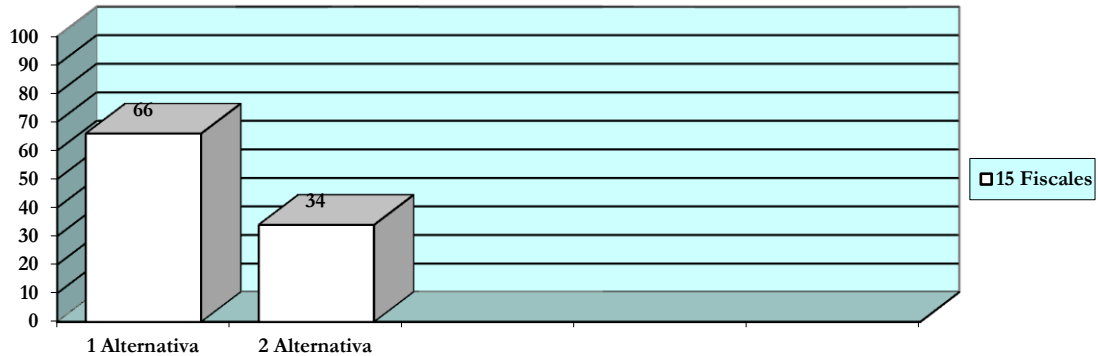
En el caso propuesto, los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto encuestados, respondieron en su mayoría (08 encuestados - 80 %), que el consentimiento de la víctima resulta ser un requisito para la configuración o perfeccionamiento del instituto o elemento de *“heteropuesta en peligro”* o *“heteropuesta en peligro consentida”*, respuesta que resulta ser correcta, toda vez que la víctima, con su propio consentimiento, acepta depositar en un tercero, un riesgo que la propia víctima puede evitar, como el ejemplo del conductor del vehículo motorizado, quien se encontraba en estado de ebriedad, el mismo que traslada como pasajero a una persona (víctima), quien se sube al vehículo sabiendo que el conductor no se encuentra en buen estado para conducirlo, quien finalmente genera un accidente donde fallece la referida víctima.

De modo incorrecto contestaron 02 Magistrados encuestados, quienes consideran que en la *“heteropuesta en peligro”* no resulta necesario el consentimiento de la víctima, situación que convierte, entonces, a este hecho, en una circunstancia fáctica meramente causal, donde la víctima, ante la ausencia de su consentimiento, es víctima, a su vez, de un suceso fáctico sobre el cual no tuvo ni pudo tomar decisión alguna, desnaturalizándose, así, este elemento jurídico, el cual justamente se caracteriza y se funda, en que la víctima conociendo del hecho, libre y voluntariamente adopta una decisión, consintiendo el control del peligro a favor de otro.

Tabla N° 7.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Si	10	66 %
b	No	05	34 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 7.2



Interpretación

En el lado de los Magistrados del Ministerio Público de Loreto encuestados, la situación no varía, al existir 10 encuestados (66 %) que consideran que el consentimiento de la víctima forma parte de la *“heteropuesta en peligro”*, y otros 05 encuestados (34 %) piensan lo contrario, al considerar que no forma parte de tal elemento jurídico.

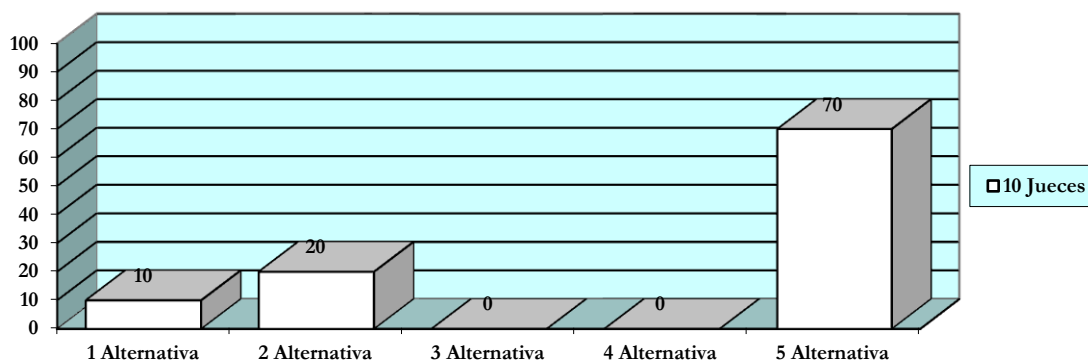
Al respecto, como suele señalar algunas sentencias del Tribunal Supremo Español, la víctima se ha introducido por propio decisión de una situación peligrosa que él no provocó (*“heteropuesta en peligro”*), con lo cual, la exclusión de la imputación del resultado se deriva claramente del hecho de que haya sido la propia víctima quien, de manera consciente, se colocó en una situación de peligro y que ese peligro se haya realizado en el resultado.

8. ¿En los delitos culposos, cuál es la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado?

Tabla N° 8.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Nexo causal	01	10 %
b	Debido cuidado	02	20 %
c	Culpa consciente	00	00 %
d	Teoría de la equivalencia	00	00 %
e	Solo a y b)	07	70 %
f	Ninguna de las anteriores	00	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 8.1



Interpretación

Los Magistrados entrevistados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, han tenido posiciones distintas, siendo que en su mayoría, es decir, 07 encuestados

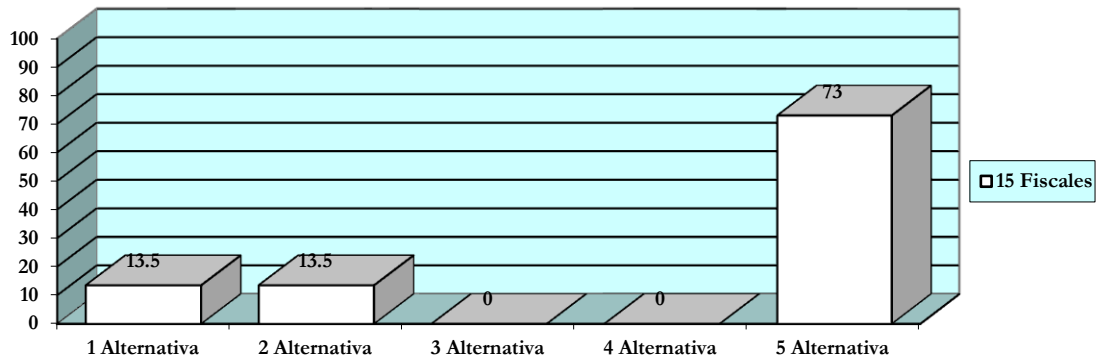
(70 %), han considerado que en los delitos culposos, la base y fundamento de imputación objetiva del resultado es el nexo causal y el debido cuidado, siendo una posición correcta en mérito a que resulta armoniosa con la posición de la jurisprudencia y la dogmática penal.

En cambio, solo 01 Magistrado encuestado (10 %) erróneamente tiene la concepción de que solo el nexo causal constituye la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado; de igual forma, de manera incorrecta 02 Magistrados encuestados (20 %) han considerado que solo el debido cuidado resulta ser la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado.

Tabla N° 8.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Nexo causal	02	13.5 %
b	Debido cuidado	02	13.5 %
c	Culpa consciente	00	00 %
d	Teoría de la equivalencia	00	00 %
e	Solo a y b)	11	73 %
f	Ninguna de las anteriores	00	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 8.2



Interpretación

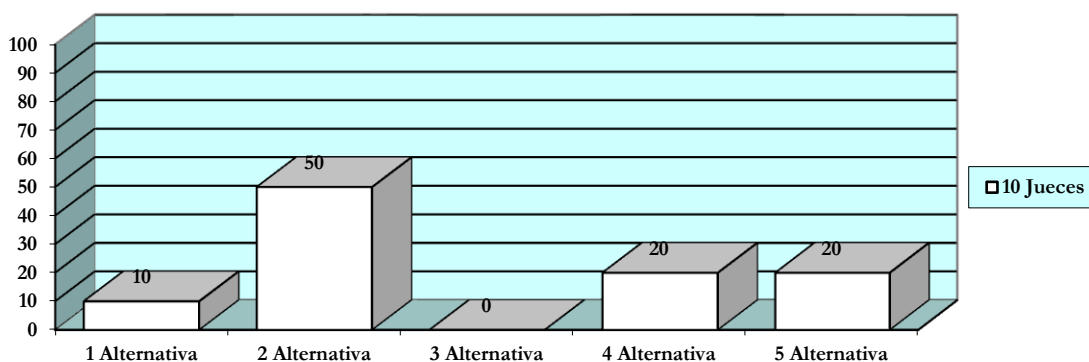
Por su parte, la mayoría de Magistrados del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Loreto, constituidos por 11 encuestados (73 %), correctamente consideraron que la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado lo constituye, de manera conjunta, el nexo causal y el debido cuidado; sin embargo, 02 Magistrados encuestados (13.5 %) han considerado solo a uno de tales elementos, representado por el nexo causal; de igual forma, 02 Magistrados encuestados (13.5 %) han considerado solo a uno de dichos elementos, representado por el debido cuidado; significando ello, que estos últimos encuestados tienen una representación correcta pero parcial del asunto tratado, pues acertaron solo en uno de los elementos.

9. ¿El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, cuando regula que *“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*, a qué sistema penal representa?

Tabla N° 9.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Sistema causalista	01	10 %
b	Sistema finalista	05	50 %
c	Sistema funcionalista	00	00 %
d	Sistema penalista	02	20 %
e	Ninguna de las anteriores	02	20 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 9.1



Interpretación

En mérito a esta pregunta existen diversas posiciones de los Magistrados encuestados del Poder Judicial, pues, 01 de ellos que representa el 10 % es de la posición que el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal responde al sistema causalista, posición absolutamente equívoca con la realidad jurídico – penal de nuestro sistema jurídica, toda vez que dicho sistema ha sido superado en la actualidad, he ahí la razón del porque expresamente dicho artículo señala *“queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*. De igual forma, de manera equívoca 02 Magistrados que representan el 20 % de los encuestados han señalado que dicha norma jurídica responde al sistema penalista, sistema que realmente no existe en el dogma penal, siendo que probablemente hayan optado por esa respuesta, influenciados por el término “penalista”, el mismo que hace alusión al sistema jurídica penal, al Código Penal, entre otros, en todo caso ese sistema no es correcto.

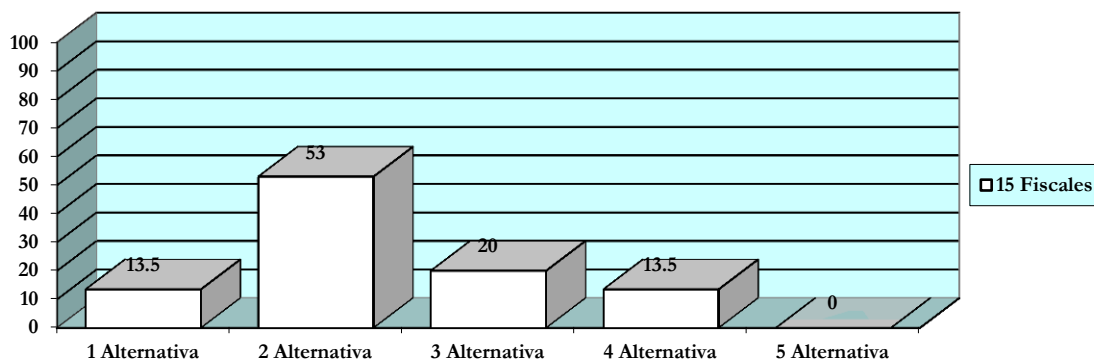
Por su parte, 02 Magistrados encuestados optaron por responder que ninguno de las alternativas propuestas (sistema causalista, finalista, funcionalista o penalista) resulta ser la correcta, sin embargo, no propusieron alguna otro sistema en mérito a la posición adoptada.

Ahora, 05 Magistrados encuestados que representan el 50 % del total, han considerado al sistema finalista como el sistema en base al cual descansa la norma penal expuesta, respuesta que resulta ser válida, toda vez que este sistema se desarrolla en base a la acción final, la misma que se encuentra envuelta por la intención final del agente, he ahí la razón del por qué el artículo taxativamente establece: *“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*.

Tabla N° 9.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Sistema causalista	02	13.5 %
b	Sistema finalista	08	53 %
c	Sistema funcionalista	03	20 %
d	Sistema penalista	02	13.5 %
e	Ninguna de las anteriores	00	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 9.2



Interpretación

De igual forma que lo interpretado en lo que respecta a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Loreto, los Magistrados del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Loreto, han tomado posiciones variadas, pues, 02 encuestados que representan 13.5 % de la población encuestada, han señalado que el sistema causalista es el sistema sobre el cual se inspira el mencionado artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, respuesta que resulta ser equívoca conforme a

lo desarrollado en la interpretación precedente.

De igual de equívoca resulta ser la posición de 03 Magistrados encuestados, que representan el 20 %, quienes señalaron que la norma penal *in comento* descansa sobre el sistema funcionalista, siendo dicho sistema un método novedoso al tiempo en que se emitió nuestro Código Penal en 1991. Asimismo, 02 Magistrados encuestados (13.5 %) han sido de la posición de que la norma penal radica sobre el sistema penalista, siendo este un simple término vinculado sintácticamente a la dogmática “penal, al Derecho “Penal”, al Código “Penal”, entre otros.

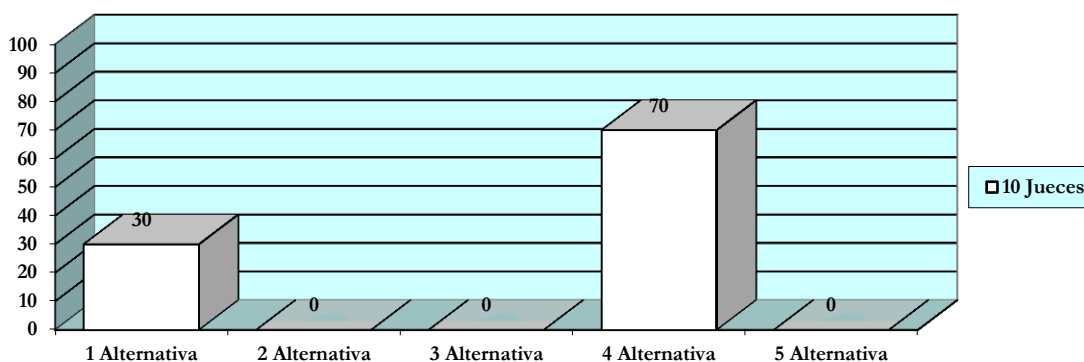
Por su parte, 08 Magistrados del Ministerio Público encuestados, que representan el 53 % de la población, han considerado de manera correcta que el sistema finalista es el fundamento sobre el cual se proyecta el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

10. ¿En casos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, qué institución de la imputación objetiva excluye de responsabilidad penal al agente?

Tabla N° 10.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Riesgo permitido	03	30 %
b	Principio de confianza	00	00 %
c	Prohibición de regreso	00	00 %
d	Ámbito de competencia de la víctima	07	70 %
e	Solo b) y d)	00	00 %
f	Ninguna de las anteriores	00	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 10.1



Interpretación

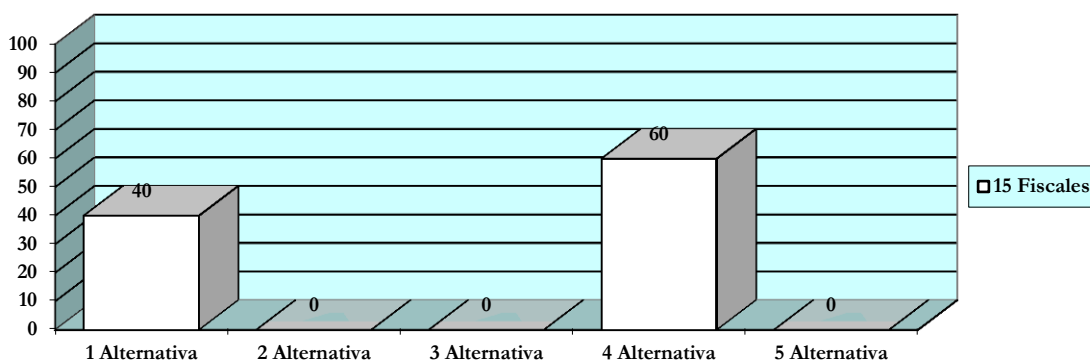
En lo que respecta las lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, la institución de la imputación objetiva que excluye de responsabilidad penal al agente por excelencia resulta ser el ámbito de competencia de la víctima o también denominado autopuesta en peligro, toda vez que es la propia víctima, quien pone en peligro sus bienes jurídicos, ya sea vida, integridad física, entre otros.

En ese sentido, de manera acertada 07 encuestados de la Corte Superior de Justicia de Loreto (70 %) han señalado que dicha institución jurídica es la que excluye de responsabilidad penal al agente que haya participado en lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito; por su parte, 03 encuestados (30 %), respondieron que dicha institución lo constituye el riesgo permitido, lo cual en sí no representa una respuesta incorrecta, toda vez que dicha institución también excluye de responsabilidad cuando la persona haya creado incrementado el riesgo permitido, sin embargo, la primera institución jurídica en mención resulta más acertada, por ser de mayor concurrencia en los casos concretos.

Tabla N° 10.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Riesgo permitido	06	40 %
b	Principio de confianza	00	00 %
c	Prohibición de regreso	00	00 %
d	Ámbito de competencia de la víctima	09	60 %
e	Solo b) y d)	00	00 %
f	Ninguna de las anteriores	00	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 10.2



Interpretación

En cuanto a los Magistrados del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Loreto encuestados, 06 de ellos que representan el 30 %, han señalado que es el riesgo permitido la institución de la imputación objetiva la que excluye de responsabilidad penal al agente en caso de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnica

de tránsito; por lo que al igual que lo argumentado en la interpretación precedente, dicha institución también excluye de responsabilidad, sin embargo, por excelencia resulta ser el ámbito de competencia a la víctima o autopuesta en peligro la que cumple ese papel, sobre el cual apostaron 09 encuestados que representan el 70 % de la población.

3. Análisis y resultados de las entrevistas

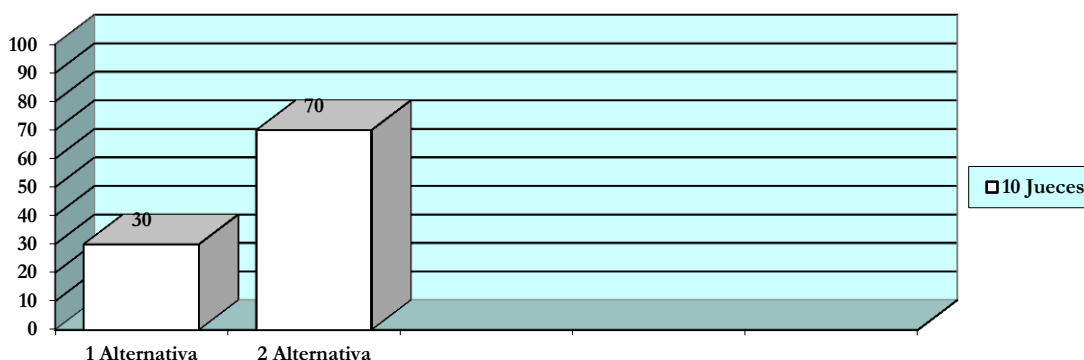
Entrevistas a Magistrados del Poder Judicial del Distrito Judicial de Loreto y del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Loreto (Provincia de Maynas)

Günther Jakobs ofrece un funcionalismo radical, en donde se impone la vigencia de la norma sobre el bien jurídico, denominándose a este fundamento “*el mundo normativo*”; por su parte, Claus Roxin ofrece un funcionalismo moderado, cuyo fundamento es que, cada categoría del delito –tipicidad, antijuricidad, culpabilidad– debe tratarse de cara a los fines político criminales del derecho. **¿Qué teoría funcionalista adopta usted?**

Tabla N° 11.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Funcionalismo radical	03	30 %
b	Funcionalismo moderado	07	70 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 11.1



Interpretación

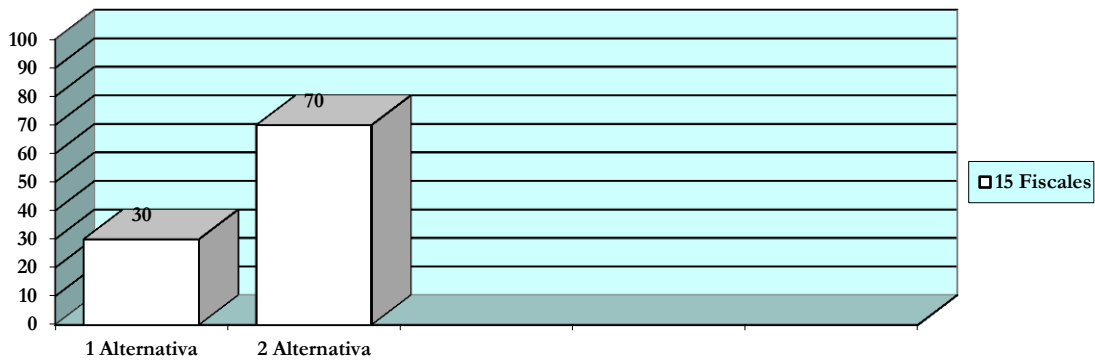
Como vemos, la teoría de la imputación objetiva – sistema funcionalista, presenta dos vertientes, una de carácter radical representada por Günther Jakobs y otra de carácter reservado representada por Claus Roxin, diferenciándose una de la otra en el fundamento en mérito del cual se concibe a esta teoría, siendo que la primera concibe un sistema que antepone, por sobre todo, la vigencia de las normas, dejando de lado el bien jurídico protegido, y el segundo concibe un sistema cuyo núcleo rector lo constituye la política criminal, es decir, tratar al delito desde una óptima con mayor capacidad de tecnicismo.

Dentro de este contexto, fueron 03 los Jueces Penales entrevistados (30 %) los que han adoptado el funcionalismo radical de Günther Jakobs; por su parte, 07 de los entrevistados (70 %) optaron por el funcionalismo moderado de Claus Roxin; entendiéndose a dichas elecciones como una concepción no uniforme respecto a este sistema penal.

Tabla N° 11.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Funcionalismo radical	06	30 %
b	Funcionalismo moderado	09	70 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 11.2



Interpretación

Por su parte, en los entrevistados del Ministerio Público, se tiene que 06 de ellos (30 %), han optado por el funcionalismo radical de Jakobs, al considerar – generalmente– que con dicho sistema se restaurará el Derecho Penal, pues garantiza que cada ciudadano cumpla su actividad dentro de un marco correspondiente (rol), en cuyo caso de transgredir dicho marco, se configurará una probable responsabilidad penal, sin necesidad de verificar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En cambio 09 encuestados (70 %), han optado por el funcionalismo moderado de Roxin, pues consideran que la política criminal inmiscuida en la teoría del delito hará del Derecho Penal un sistema mucho más técnico y más práctico en su

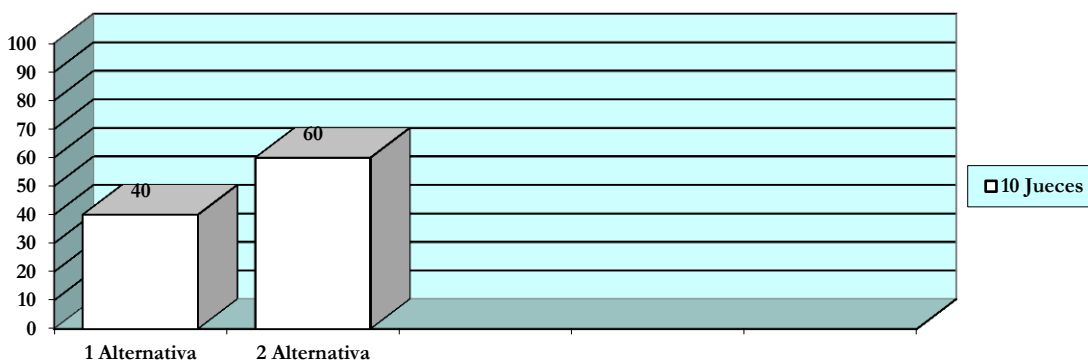
aplicación, al garantizar que todo instituto del Derecho Penal cumpla una finalidad determinada.

Si bien nuestro Código Penal de 1991 adopta su fundamento en base a la teoría finalista de Hans Welzel, sin embargo, los Jueces Supremos en lo Penal en determinados pronunciamientos judiciales resolvieron argumentando la teoría de la imputación objetiva – sistema funcionalista, sobre todo en los delitos culposos. **¿Considera la necesidad de modificarse el Código Penal con la finalidad de regularse la teoría de la imputación objetiva – sistema funcionalista?**

Tabla N° 12.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Si	04	40 %
b	No	06	60 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 12.1



Interpretación

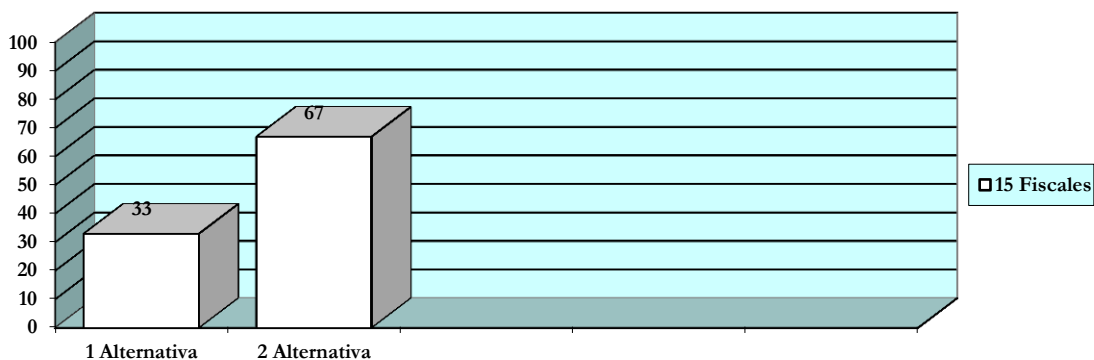
Al respecto, 04 de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia entrevistados (40 %) han considerado la necesidad de modificarse el Código Penal con la finalidad de regularse la teoría de la imputación objetiva – sistema funcionalista, fundamentando esta posición en que el Derecho Penal tiene por principal fuente la ley, y por tanto, mediante la modificatoria legal se debe regularse este instituto jurídico.

En cambio 06 de los Magistrados entrevistados (60 %) han considerado que es suficiente la jurisprudencia como medio a efecto de implementar el sistema funcionalista en nuestro actual sistema penal, toda vez que en la actualidad la Corte Suprema ha usado ese medio para realizar dicha implementación.

Tabla N° 12.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
A	Si	05	33 %
B	No	10	67 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 12.2



Interpretación

Por su parte, 05 Fiscales entrevistados (33 %) son de la posición que es necesario que mediante una ley se modifique nuestro Código Penal a efecto de implementarse la teoría de la imputación objetiva – sistema funcionalista, pues de igual forma consideran que al ser la ley la fuente principal del Derecho Penal, debe emplearse dicha fuente como principal medio para realizar la referida implementación.

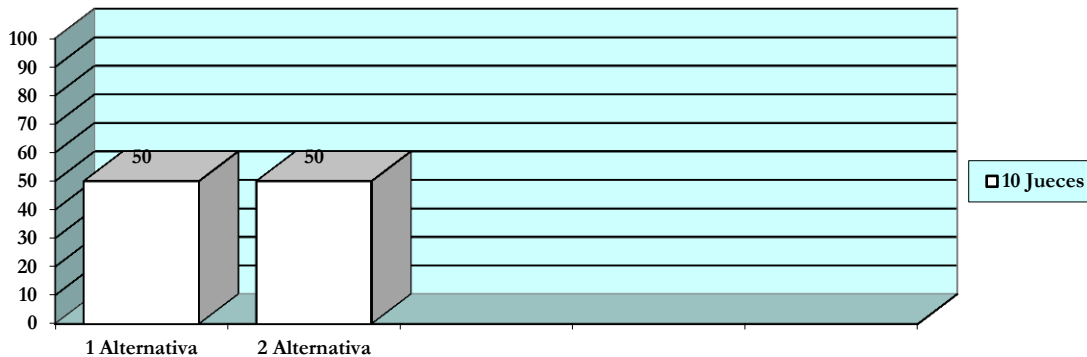
A su vez, 10 entrevistados (67 %) son de la posición que basta la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia para tener por implementado en nuestro sistema el sistema funcionalista, por tanto, no existe necesidad de que mediante alguna ley se modifique el Código Penal.

La nueva tendencia en el Derecho Penal lo constituye la teoría de la imputación objetiva como forma de expresión del sistema funcionalista, cuyos máximos exponentes los representan Claus Roxin y Günther Jakobs, los mismos que, mediante esta teoría, ofrecen instrumentos jurídicos para resolver los casos desde una perspectiva del *“rol del ciudadano en la sociedad”*. **¿Considera que la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito son aplicadas por los Fiscales Penales?**

Tabla N° 13.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Si	05	50 %
b	No	05	50 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 13.1



Interpretación

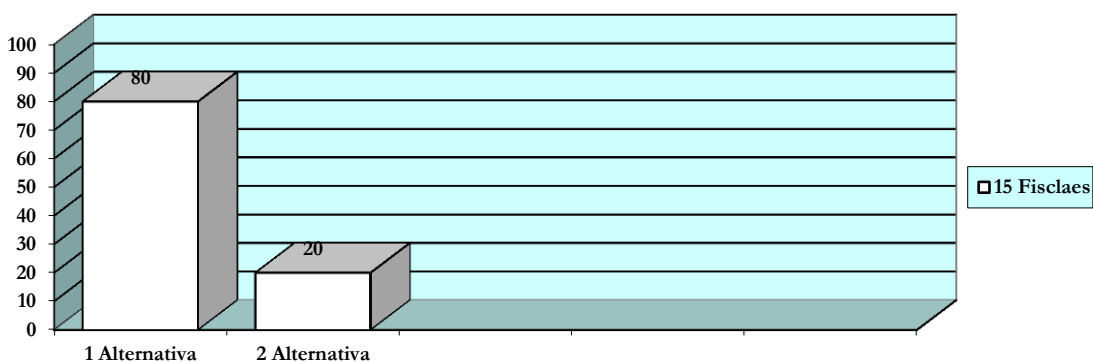
La posición de los Magistrados del Poder Judicial es dividida, pues, 05 de ellos han señalado que los Fiscales Penales no aplican la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, considerando que falta capacitar a dichos Magistrados en este tema, es más, también consideran que los Representantes del Ministerio Público no estudian esta teoría enfocada en los delitos por lesiones culposas pese a ser un delito común en nuestra sociedad.

Por su parte, otros 05 Magistrados del Poder Judicial entrevistados han señalado que los Fiscales Penales si aplican esta teoría, pero lo realizan de manera general, es decir, sin profundizar en el tema y sin desarrollar de modo explícito dicho sistema funcionalista.

Tabla N° 13.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Si	12	80 %
b	No	03	20 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 13.2



Interpretación

Los Fiscales entrevistados en su mayoría (12 que representan el 80 %) han considerado que los Representantes del Ministerio Público si aplican la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, posición que resulta ser discrepante con la mitad de Magistrados del Poder Judicial entrevistados.

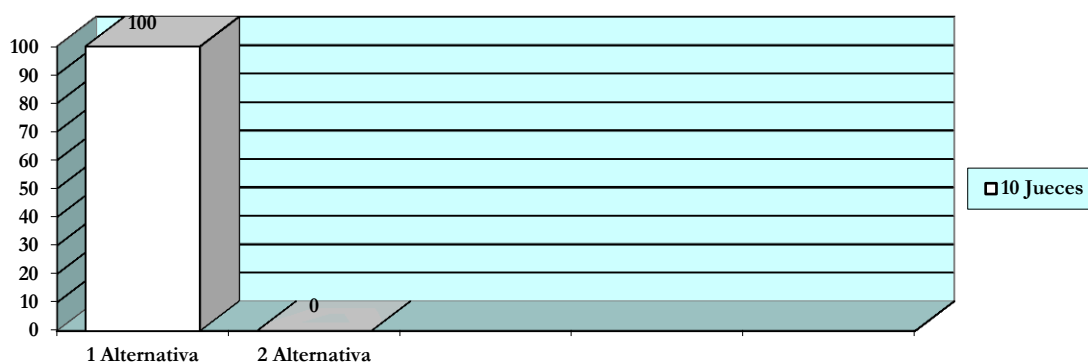
En cambio, 03 Magistrados de la Fiscalía entrevistados (20 %) han considerado que los Representantes del Ministerio Público no aplican dicha teoría, señalando que dicha problemática ocurre principalmente por la falta de capacitación y autocapacitación.

El tráfico rodado de por sí constituye un riesgo permitido, cuyo incremento resulta ser reprochado penalmente (*“aumento del riesgo permitido”*), sin embargo, en algunos casos, es la supuesta víctima la causante de su propia lesión, configurándose el instituto denominado *“autopuesta en peligro”* o *“ámbito de competencia de la víctima”*, el mismo que constituye una causal de exclusión de tipicidad. **¿Cree que en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito se configura el instituto denominado *“autopuesta en peligro”*?**

Tabla N° 14.1

N°	ALTERNATIVAS	JUECES	(%)
a	Si	10	100 %
b	No	00	00 %
TOTAL		10	100 %

Gráfico N° 14.1



Interpretación

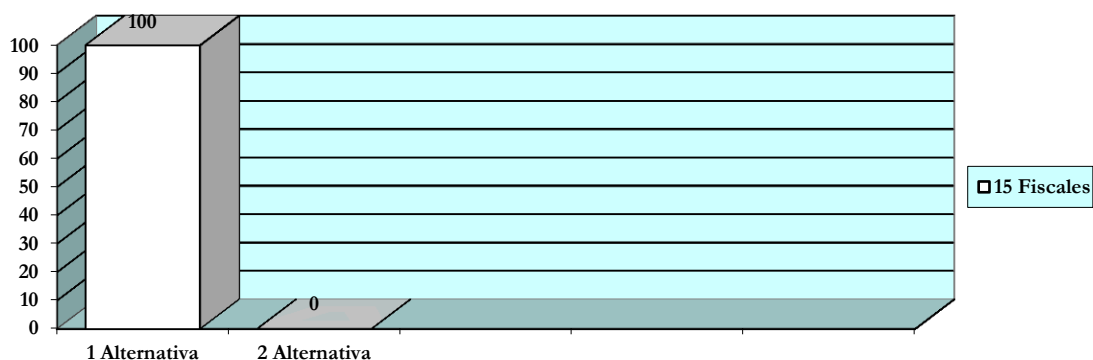
Todos los Magistrados entrevistados de la Corte Superior de Justicia de Loreto han señalado que en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito se configura el instituto denominado *“autopuesta en peligro”*, y

ello porque consideran que dicho hecho se configura principalmente por responsabilidad de los peatones, quienes ponen en riesgo sus propias integridades físicas.

Tabla N° 14.2

N°	ALTERNATIVAS	FISCALES	(%)
a	Si	15	100 %
b	No	00	00 %
TOTAL		15	100 %

Gráfico N° 14.2



Interpretación

De igual forma, todos los Magistrados del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Loreto han señalado que la “*autopuesta en peligro*” se configura en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, pues consideran que los peatones son los principales protagonistas de tales hechos, quienes poniendo en propio riesgo no solo sus integridades físicas, sino también sus vidas, son los que causan los accidentes de tránsito.

4. Análisis y resultados de las disposiciones y requerimientos fiscales

Para poder determinar si en las Fiscalías Penales de Maynas del Nuevo Código Procesal Penal se aplicó la teoría de la imputación objetiva en los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, ha sido necesario recabar las disposiciones y requerimientos de tales Fiscalías, los cuales serán analizados a continuación.

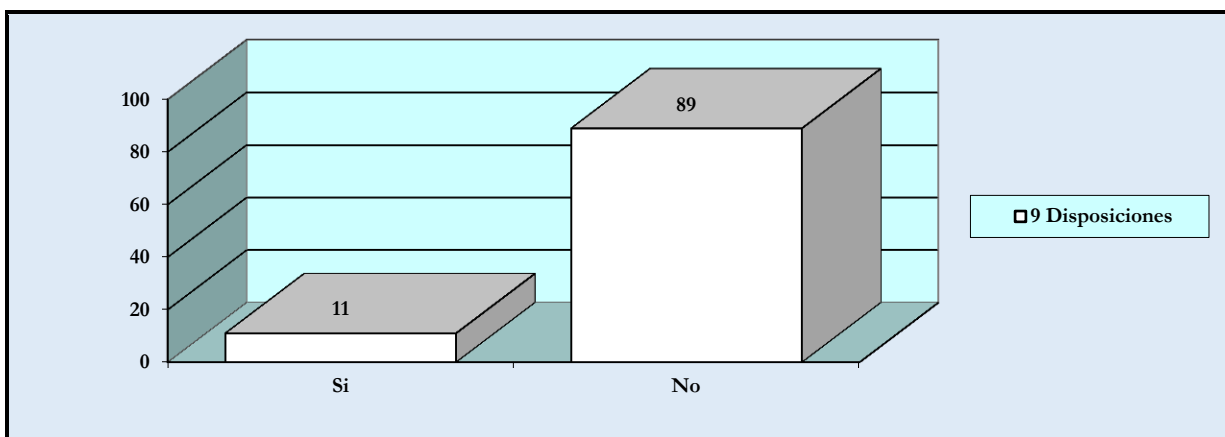
4.1. Disposiciones fiscales

Tabla N° 15

N°	CASO	FISCALÍA	FECHA	DELITO	IMPUTACIÓN OBJETIVA	
					SI	NO
1	2014-98	5° FPPCM	15/05/14	Lesiones culposas	X	
2	2015-1378	5° FPPCM	20/10/15	Lesiones culposas		X
3	2013-1415	6° FPPCM	21/03/14	Lesiones culposas		X
4	2014-401	6° FPPCM	02/06/14	Lesiones culposas graves		X
5	2013-1271	7° FPPCM	20/12/13	Lesiones culposas		X
6	2014-245	7° FPPCM	13/05/14	Lesiones culposas		X
7	2013-687	8° FPPCM	14/03/14	Lesiones culposas		X

8	2013-1827	8° FPPCM	14/03/14	Lesiones culposas		X
9	2014-1908	8° FPPCM	18/12/15	Lesiones culposas graves		X
TOTAL (%)					11 %	89 %

Gráfico N° 15



Interpretación

En el Caso N° 2506014505-**2014-98-0**, se emitió la Disposición de Archivo Definitivo contenido en la Disposición N° 04, de fecha 15 de mayo de 2014, mediante la cual se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria por el presunto delito de Lesiones Culposas, prevista en el artículo 124°, último párrafo del Código Penal.

El hecho objeto de pronunciamiento lo constituyó un accidente de tránsito (choque) entre dos vehículos automotores (motocicletas), de cuya investigación el Ministerio Público determinó que el presunto responsable del accidente no habría incrementado el riesgo permitido, toda vez que transitaba por una vía preferencial

y al pasar por una intersección –no preferencial para ésta– presionó el claxon como alerta de pase, sonido el cual no fue escuchado por la conductora del otro vehículo, quien estando en una vía no preferencial, dio marcha a su vehículo y ocasionó el accidente.

Sobre este hecho, el Representante del Ministerio Público razonó que la conducta desplegada por la supuesta víctima generó una *autopuesta en peligro*, lo cual constituye una causal de exclusión de responsabilidad penal, tal como se ha desarrollado en la presente investigación, y por tanto, procedió a archivar la presente investigación contra el presunto responsable; sin embargo, es de precisar que no estamos ante un supuesto de *autopuesta en peligro*, toda vez que la supuesta víctima conducía un vehículo motorizado que de por sí ya constituye un peligro, es decir, un *riesgo permitido*, empero en la conducción de dicho vehículo generó un aumento de riesgo, provocando un *riesgo no permitido*, al haber transitado sin respetar las reglas de preferencia en la intersección de dos vías, desprendiéndose de lo advertido que el instituto jurídico de la imputación objetiva que debió aplicarse en el presente caso, lo constituye el *aumento del riesgo permitido*.

En el Caso N° 2506014505-**2015-1378**-0, se emitió la Disposición N° 02, de fecha 20 de octubre de 2015, mediante la cual se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria por el presunto delito de Lesiones Culposas, archivándose la investigación preliminar porque las partes habrían celebrado acuerdo reparatorio, presentando una conciliación celebrada entre los mismos.

Sin embargo, del estudio adecuado del caso, se observa que los hechos constituyen un accidente de tránsito (choque) entre dos vehículos automotores (motocicletas), donde una de ellas era conducida por una persona que se encontraba con alcohol en la sangre por encima del límite legal permitido, el

mismo que habría generado el accidente. En este caso estamos igualmente ante un *aumento de riesgo permitido*, pues, el conducir vehículo automotor es un riesgo permitido por la sociedad, al constituir un medio mediante la cual se satisfacen ciertas necesidades indispensables, empero, dicha conducción requiere del respeto obligatorio de ciertas reglas de tránsito, como por ejemplo no conducir en estado de ebriedad, en vista a que dicho estado altera las percepciones normales de todo ser humano, y por tanto, genera que la conducción del vehículo no se hagan de una forma adecuada, lo que significa aumentar el riesgo que de por sí constituye conducir dicho vehículo.

Dentro de este contexto, el Representante del Ministerio Público no analizó desde esta perspectiva el caso concreto, pues su archivo, en todo caso, se volcó de manera absoluta al medio alternativo al proceso celebrado entre las partes (acuerdo reparatorio), en mérito al cual se archivó la investigación.

De igual forma se procedió en el Caso N° 2506014507-**2013-1271**-0, donde por Disposición N° 02, de fecha 20 de diciembre de 2013, el Representante del Ministerio Público se abstuvo de ejercitar la acción penal, al haber arribado las partes a un acuerdo reparatorio; no obstante ello, no analizó el caso desde una óptima de la imputación objetiva, pues de manera *formal* fundamentó la Disposición a efecto de aplicar el referido medio alternativo al proceso.

En el Caso N° 2506014506-**2013-1415**-0, igualmente se trata de un accidente de tránsito, pero esta vez de un atropello, donde un vehículo motokar atropelló a una peatón, quien sin adoptar el debido cuidado, cruzó una avenida, siendo atropellada por el referido vehículo.

En este caso el Representante del Ministerio Público archivó la investigación preliminar toda vez que las partes habrían celebrado una transacción extrajudicial, en mérito del cual el titular de la acción penal concluyó en la no existencia de

elementos de convicción; conclusión que resulta ser incorrecta, toda vez que el medio alternativo del proceso no enerva el bagaje probatorio del caso, debido a que no está vinculado estrictamente al *tema probandum*, sino se enfoca en dar una “oportunidad” al agente cuando por cuestiones de política criminal considera que el delito no es grave, evidenciándose que la perspectiva u óptica jurídica del Representante del Ministerio Público en cuanto a la teoría del caso resulta ser incorrecta, pues enfoca una conclusión sobre un punto que no corresponde, máxime si no analiza el caso concreto desde la dimensión de la imputación objetiva.

En el Caso N° 2506014506-**2014-401**-0, se emitió la Disposición N° 03, de fecha 02 de junio de 2014, mediante la cual se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preliminar por cuanto hubo insuficiencia de elementos de convicción que permitan continuar con el desarrollo del proceso (formalizar de la investigación preparatoria); sin embargo, de todas formas, el Representante del Ministerio Público en momento alguno enfoca el caso dentro de la perspectiva de la imputación objetiva, enfocando más que todo la teoría del caso sobre el principio de inocencia. De igual forma se procede en el Caso N° 2506014508-**2013-687**-0, donde por Disposición N° 05, de fecha 14 de marzo de 2014, se archiva la investigación preliminar por insuficiencia probatoria, sin enfocar el caso en ningún extremo sobre la imputación objetiva. De igual forma se archivó el Caso N° 2506014508-**2013-1827**-0, donde por Disposición N° 03, de fecha 14 de marzo de 2014, se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, tratándose los hechos de un accidente de tránsito en el que un menor de 06 años de edad, quien iba en la parte posterior de una furgoneta, había caído de la misma, sufriendo lesiones en su integridad física; el caso no fue analizado desde la óptica de la imputación objetiva, sino desde el plano de la prueba, archivándose la misma porque la parte denunciante no concurrió a ciertas diligencias.

En el Caso N° 2506014507-**2014-245**-0, por Disposición N° 02, de fecha 13 de mayo de 2014, se dispuso no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, ante la ausencia de elementos de convicción que constituyan indicios reveladores de la existencia de un delito, habiendo constituido el caso un accidente de tránsito, donde un canino se interpuso en el camino de un vehículo, generando su volcadura; sin embargo, el caso no ha sido enfocado desde la imputación objetiva, no porque no corresponda aplicar dicha teoría al presente caso, sino porque el Representante del Ministerio Público omitió fundamentar técnicamente que a dicho caso le correspondía aplicar la teoría de la responsabilidad extracontractual, y por tanto, resultaba atípica.

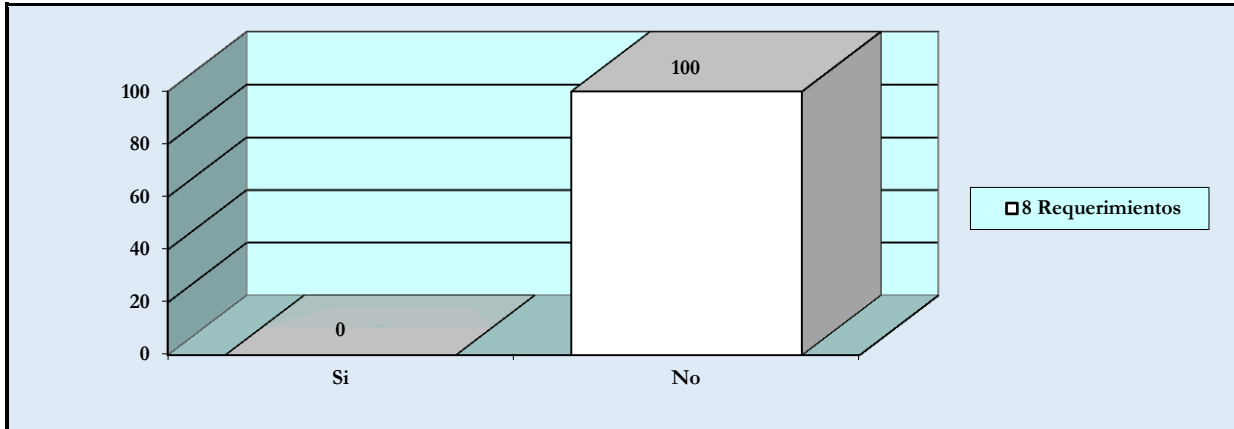
Finalmente, en el Caso N° 2506014508-**2014-1908**-0, se formalizó la investigación preparatoria mediante Disposición N° 03, de fecha 18 de diciembre de 2015, tratándose los hechos sobre un accidente de tránsito entre tres vehículos a consecuencia de la conducción de un vehículo por una persona en estado de ebriedad; sin embargo, el Representante del Ministerio Público en el juicio de tipicidad, que es el presupuesto de la teoría del delito donde se analiza la imputación objetiva, no se hace efectivo este análisis, omitiéndose así el enfoque del caso dentro de la perspectiva jurídica de la imputación objetiva.

4.2. Requerimientos fiscales

Tabla N° 16

N°	CASO	FISCALÍA	FECHA	DELITO	IMPUTACIÓN OBJETIVA	
					SI	NO
1	2013-374	7° FPPCM	13/01/14	Lesiones culposas		X
2	2013-462	7° FPPCM	08/01/14	Lesiones culposas		X
3	2014-559	6° FPPCM	14/10/15	Lesiones culposas graves		X
4	2014-1511	5° FPPCM	05/06/15	Lesiones culposas graves		X
5	2014-1724	5° FPPCM	14/09/15	Lesiones culposas		X
6	2013-1901	5° FPPCM	24/09/15	Lesiones culposas graves		X
7	2014-1596	4° FPPCM	02/02/16	Lesiones culposas		X
8	2014-774	5° FPPCM	04/11/14	Lesiones culposas		X
TOTAL (%)					00 %	100 %

Gráfico N° 16



Interpretación

En el Caso N° 2506014507-**2013-374**-0, el Representante del Ministerio Público formuló requerimiento acusatorio por el presunto delito de lesiones culposas, en cuyo ítem V, denominado “*imputación objetiva*”, ha desarrollado los hechos objeto de requerimiento desde un plano preliminar, para seguidamente, en el ítem continuo desarrollar dichos hechos conforme lo requiere el artículo 349°, numeral 1), literal a) del Código Procesal Penal (circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores).

En los demás ítems, desarrolla los elementos de convicción que sustenta el requerimiento, el grado de participación y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, el artículo de la ley penal que tipifica el hecho, la pena, el monto de la reparación civil, entre otros.

Del análisis de cada presupuesto desarrollado en dicha acusación se advierte que en ningún extremo de la misma el Representante del Ministerio Público ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva, pese a que el hecho acusado

constituye un accidente de tránsito (choque) entre dos vehículos automotores, y del cual se desprende la presunta inobservancia de reglas técnicas de tránsito, el cual constituye el incumplimiento de determinado rol de la persona que haya cometido de manera determinante el accidente, así como de otra persona que haya contribuido a la misma, lo que representa el *aumento del riesgo permitido*.

Que si bien obra un ítem denominado “*imputación objetiva*”, en ella no se cita menos se desarrolla dicha teoría, pues solo está compuesta por un relato inicial de los hechos objeto de acusación.

En el Caso N° 2506014507-**2013-462**-0, también se formuló requerimiento acusatorio, empero el Representante del Ministerio Público ni siquiera desarrolló el juicio de tipicidad, en el cual se analiza el caso concreto en base a la imputación objetiva, máxime si el caso concreto representa igualmente un accidente de tránsito entre dos vehículos automotores.

Por su parte, en el Caso N° 2506014506-**559-2014**-0, se requirió el sobreseimiento del proceso, toda vez que el Representante del Ministerio Público, producto de la investigación, concluyó que no pudo determinarse la presunta responsabilidad penal del agente, pues, habiéndose tratado el hecho de un choque entre dos vehículos automotores, no se pudo determinar quién causó el accidente; sin embargo, el hecho concreto no ha sido analizado desde la óptica de la imputación objetiva, toda vez que adoptando una motivación *aparente*, se cita cierta dogmática relacionada a los delitos culposos, empero no se adecúe dicho dogma al caso *sub exámine*, existiendo un divorcio notorio entre ambos presupuestos de la motivación.

En el Caso N° 2506014506-**2014-1511**-0, se requirió el sobreseimiento del proceso en mérito a la aplicación del principio de oportunidad, en mérito al artículo 2°, numeral 7) del Código Procesal Penal, advirtiéndose de la fundamentación del requerimiento que en ella no se trata ni se desarrolla el juicio de tipicidad, por tanto, no se alude a la imputación objetiva; siendo menester señalar que cuando el Representante del Ministerio Público adopta un mecanismo alternativo al proceso, como el principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio, ya no fundamenta su Disposición o Requerimiento en mérito a la teoría del delito, sino que de una manera simbólica archiva el caso o requiere el sobreseimiento optando tan solo por argumentar las normas que jurídicamente sustentan tales mecanismos alternativos, renunciando en absoluto a las normas, institutos, presupuestos y elementos jurídicos estrictamente relacionados a la teoría del delito.

En el Caso N° 2506014505-**2014-1724**-0, se requirió acusación directa por el presunto delito de lesiones culposas, cuando el delito surge de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, habiéndose tratado el hecho objeto de pronunciamiento un accidente de tránsito ocasionado por el agente quien conducía un vehículo motorizado en aparente estado de ebriedad, sobre el cual el Representante del Ministerio Público no desarrolló la teoría del delito desde la perspectiva del juicio de tipicidad, y en ella no desarrolló –tampoco– la imputación objetiva. De igual forma se formuló acusación directa en el Caso N° 2506014505-**2014-774**-0, donde no se desarrolló ni la teoría del delito, ni el juicio de tipicidad como tampoco la teoría de la imputación objetiva.

En cambio, en el Caso N° 2506014505-**2013-1901**-0, donde se formuló requerimiento acusatorio sobre un hecho que constituye accidente de tránsito (choque) entre dos vehículos motorizados, el Representante del Ministerio Público sí habría desarrolla la teoría del delito desde la perspectiva del juicio de tipicidad, en mérito del cual desarrolló el bien jurídico protegido, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la materialidad típica y la tipicidad subjetiva, más no desarrollo la

imputación objetiva (*aumento del riesgo permitido*), no habiendo analizado el caso concreto sobre la base del riesgo permitido y su incremento, así como el rol de cada ciudadano conductor de vehículo motorizado de cumplir las reglas técnicas de tránsito.

En el Caso N° 2506014504-**2014-1596**-0, se formuló requerimiento acusatorio por el presunto delito de lesiones culposas, habiendo constituido el hecho objeto de pronunciamiento un accidente de tránsito (atropello), en el cual el agente quien conducía un vehículo automotor, atropelló a un transeúnte, quien habría cruzado la pista de manera intempestiva, habiendo salido detrás de dos vehículos motokar que se encontraban estacionados.

En el presente caso el Representante del Ministerio Público no desarrolló el juicio de tipicidad, y consecuentemente, no desarrolló la teoría de la imputación objetiva, haciendo de su requerimiento una formulación poco técnica, el mismo que tampoco contiene un análisis real del hecho, toda vez que estamos ante una *autopuesta en peligro*, donde el transeúnte puso en riesgo su propia integridad física así como su vida, al haber cruzado la vía de una manera inesperada y detrás de vehículos que taparon la visión panorámica del agente sobre el camino que iba transitando, situación que excluye su responsabilidad penal.

5. **Comprobación de hipótesis.**

H = La teoría de la imputación objetiva es un método idóneo para resolver los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito

En consideración de lo comentado por la dogmática especializada, lo regulado por

el derecho positivo, lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, lo opinado por nuestros encuestados y entrevistados, podemos afirmar que la hipótesis planteada en nuestra investigación ha sido comprobada, por lo siguiente:

1. La teoría de la imputación objetiva contiene elementos jurídicos que optimizan la aplicación del Derecho Penal para resolver los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, purificando la determinación de la responsabilidad penal, razón por la que, la máxima instancia de la jurisprudencia ordinaria (Corte Suprema) a través de la jurisprudencia, lo introdujo para resolver casos concretos, enalteciéndolo como teoría competente.

TÍTULO V

CONCLUSIONES

1. La aplicación de los presupuestos de la imputación objetiva a los delitos funcionales, es la gran tarea a llevar a cabo por los seguidores de este sugestivo enfoque metodológico jurídico-penal, sus presupuestos como el principio de confianza y el actuar riesgoso de la propia víctima son materia de perfeccionamiento y contratación a nivel lógico dogmático y la misma practica jurisprudencial, tal es así que no constituyen principios teóricos de obligatorio cumplimiento, empero su aplicación tiene una calidad de valiosas reglas practicas o filtros no vinculantes para determinar la tipicidad.

2. Ahora bien, en los delitos culposos por excelencia deben ser analizados desde la óptica de la imputación objetiva (riesgo permitido y autopuesta en peligro de la víctima), sin embargo, las Fiscalías Penales de Maynas del nuevo Código Procesal Penal, en lo que respecta a los delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, no aplican dicha teoría, muy por el contrario, tampoco aplican la teoría del delito que constituye la teoría en la cual se desarrolla la imputación objetiva, específicamente en la tipicidad.

3. Por tratarse de un delito de naturaleza culposa, en la cual el Código Procesal Penal mediante su artículo 2° obliga a la convocatoria del acuerdo reparatorio, como medida alternativa del proceso, generalmente los casos terminan archivándose por la configuración de esta medida alternativa, lo que genera que los casos no se enfoquen en base a la teoría del delito, menos a la teoría de la imputación objetiva, toda vez que los Representantes del Ministerio Público de manera automática lo archivan aplicando sobre todo las normas que regulan dicha medida alternativa.

4. La teoría de la imputación objetiva desde su vértice de la autopuesta en peligro o competencia de la propia víctima se configura en los accidentes de

tránsito, cuando el caso concreto esté protagonizado de manera determinante por un peatón, quien a causa de su propio accionar, pone en peligro o en riesgo su propia vida o integridad física.

TÍTULO VI

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los Fiscales Penales de Maynas, que al emitir sus disposiciones y requerimientos, cumplan con fundamentar técnicamente la teoría del delito, y en ella la teoría de la imputación objetiva, máxime si el caso concreto sobre el cual emiten los pronunciamientos versa sobre presuntos delitos de lesiones culposas por inobservancia reglas técnicas de tránsito, donde por excelencia se tiene que analizar en base al riesgo permitido y a la competencia de la propia víctima, estando a cada caso en concreto.

2. Recomendar al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Loreto, que en atribución del artículo 87-A, numeral 3) de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo N° 052, dicte resolución administrativa instruyendo a los Representantes del Ministerio Público, que al formalizar las investigaciones o formular requerimientos, cuando el caso se trate sobre delitos de lesiones culposas por inobservancia de reglas técnicas de tránsito, procedan a fundamentar la teoría del delito, principalmente el elemento de tipicidad, sobre el cual se debe desarrollar la teoría de la imputación objetiva.

3. Recomendar al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Loreto y a la Presidenta de la Escuela del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Loreto, se realicen programas de capacitación destinada a los Magistrados del Ministerio Público, sobre la teoría de la imputación objetiva, para que de esa manera, se optimicen las labores fiscales.

TÍTULO VIII

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros:

- a. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.
- b. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*. Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998.
- c. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1997.
- d. PARIONA ARANA, Raúl, y otro. *Imputación objetiva*. Editorial Instituto Pacífico, Lima – Perú, Primera Edición, 2015.
- e. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Editorial Hammurabi, 2° Edición, Buenos Aires – Argentina, 2002.
- f. ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther, y otros. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Editorial Cuadernos Civitas. Madrid – España, 2000.
- g. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos de Lesiones*. Editorial librería Portocarrero S.R.L. Primera edición 2003.
- h. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho Penal – Parte Especial Tomo I*.
- i. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal – Parte Especial*.

B. Revistas:

- a. CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *Consecuencias penales, administrativas y civiles de los accidentes de tránsito*. En: Revista “Jurídica N° 217”, El Peruano, de fecha martes 23 de septiembre de 2008.
- b. Consideraciones sobre la imputación objetiva y su consolidación en el derecho penal peruano. *Actualidad Penal*, Instituto Pacífico, N° 09, Marzo – 2015, p. 110.
- c. El proceso de imputación objetiva en los tipos de comisión por omisión: Deslegitimando posibles interpretaciones.

Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 66, Diciembre 2014, p. 45.

- d. Imputación objetiva: Aproximación al problema de las conductas alternativas adecuadas a derecho.
Actualidad Penal, Instituto Pacífico, N° 08, Febrero – 2015, p. 124.
- e. Imputación objetiva requiere que el agente cree o aumente el peligro de lesión del bien jurídico.
Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 07, Enero 2010, p. 98.
- f. La imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal.
Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 14, Agosto 2010, p. 55.
- g. La imputación objetiva y el ámbito de protección de la norma penal. Actualidad Penal, Instituto Pacífico, N° 05, Noviembre – 2014, p. 112.
- h. PELÁEZ MUGUERSA, Víctor. *¿Quiénes son los responsables de los accidentes de tránsito?* En: Revista “Jurídica N° 215”, El Peruano, de fecha martes 09 de septiembre de 2008.
- i. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ra edición. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

C. **Consultas electrónicas:**

- i. AGUILAR CABRERA, Denis Adán. *Imputación objetiva. Algunas consideraciones doctrinales.*
<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=12126>
- ii. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado.* En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
- iii. GRACIA MARTÍN, Luis. *El finalismo como método sintético real – normativo para la construcción de la teoría del delito.*
En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>
- iv. MONTOYA VIVANCO, Yván. *La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional.*
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3069/2916>.

- v. PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto. *Acerca de las estructuras lógico – objetivas de la teoría finalista del delito.* http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2329_estructuras_logico_objetivas_delito.pdf
- vi. RADBRUCH, Gustav. *Sobre el sistema de la teoría del delito.* En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r1.pdf>.
- vii. ROXIN, Claus. *El nuevo desarrollo de la dogmática.* <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>.
- viii. SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito.* <http://www.indret.com/pdf/505.pdf>
- ix. VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna F. *La imputación objetiva: Fundamentos y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs.* https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf