



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA



Material Auto Instructivo
CURSO “IMPUTACION OBJETIVA”

Elaborado por el
Dr. JOSE LUIS MEDINA FRISANCHO

2016

Academia de la Magistratura

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

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “IMPUTACION OBJETIVA”, ha sido elaborado por el Dr. José Luis Medina Frisancho para la Academia de la Magistratura, en agosto de 2016.

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

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “IMPUTACION OBJETIVA”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Actualización y Perfeccionamiento.
Horas Lectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Dr. José Luis Medina Frisancho

II. PRESENTACIÓN

A diario los abogados, jueces y fiscales se encuentran con una cuestión jurídica que deben dilucidar como un primer paso para el procesamiento de una conducta presuntamente delictiva: ¿Tiene un comportamiento relevancia para el Derecho penal? ¿La conducta sometida a análisis encaja en un tipo penal? En efecto, el juicio de tipicidad, entendido como el proceso valorativo de adecuación de una conducta humana a la hipótesis legal de una determinada figura delictiva prevista en el Código Penal, constituye una tarea cotidiana de fundamental importancia para el sistema de justicia penal, que en muchas ocasiones genera una serie de problemas con los que el operador jurídico debe lidiar.

La teoría de la imputación objetiva constituye una de las herramientas dogmáticas más estudiadas en el plano científico, pero también una de las más provechosas para los operadores del Derecho en la siempre compleja labor de determinación de la relevancia jurídico-penal de un comportamiento. La comprensión de los institutos dogmáticos de la imputación objetiva, así como de su naturaleza y alcances permite hacer frente de forma solvente a los interrogantes arriba señalados. Por lo tanto, la imputación objetiva permite determinar cuándo un suceso lesivo puede ser adscrito a una persona como una obra suya, cuándo a una tercera persona o cuándo simplemente al infortunio.

No obstante, dicha utilidad práctica estará definida en función de su correcta apreciación y en la medida en que se recuerde que estamos frente un mecanismo de imputación de carácter eminentemente normativo y no meramente causalista. Esto desde luego ha de llevar a concebir a la teoría de la imputación objetiva como producto de la progresiva y ya inexorable normativización del tipo penal, con lo que se

deja de lado viejas posturas según las cuales el juicio de imputación consistía en una simple operación causal: *acción + resultado = tipicidad*.

El presente curso busca ofrecer un panorama completo de los principales elementos y criterios normativos que conforman la imputación objetiva en su planteamiento dogmático contemporáneo. Como suele suceder con los ámbitos temáticos de la ciencia penal, la imputación objetiva, al ser un tópico de permanente actualidad, es aún objeto de encendidas discusiones científicas, por lo que no es posible hablar de un solo enfoque dogmático. En esa medida, se procura ofrecer los principales planteamientos dogmáticos de la imputación objetiva y sobre todo aquellos que han tenido particular incidencia práctica en la jurisprudencia.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Realiza el juicio de tipicidad de forma solvente, teniendo en cuenta los criterios de la teoría de la imputación objetiva, con lo cual podrá determinar cuándo un comportamiento humano es típico y cuando carece de relevancia jurídico-penal.

Capacidades Terminales:

- Comprende e interioriza la naturaleza jurídica y la finalidad dogmática de la teoría de la imputación objetiva, como una herramienta de aplicación cotidiana para los operadores del sistema de justicia penal.
- Conoce a profundidad los diversos criterios normativos que conforman la moderna teoría de la imputación objetiva, así como delimitar claramente sus respectivos ámbitos de aplicación.
- Identifica de forma patente el respectivo ámbito de aplicación práctica de cada uno de los criterios de imputación objetiva.
- Aplica los criterios de imputación objetiva a casos prácticos, de suerte que el discente esté en la capacidad de fundamentar dogmáticamente la solución ofrecida a cada caso en particular, referida a la tipicidad o atipicidad de determinado comportamiento.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
- La insuficiencia de las teorías de sustrato naturalista: el causalismo y el finalismo - La superación de las posturas naturalísticas por una dogmática normativista - Concepto y fundamentos de la teoría de la imputación objetiva. - La imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva.	Para el desarrollo del curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	Aprecia los conocimientos básicos de la teoría de la imputación objetiva.
Lecturas Obligatorias: 1) Polaino-Orts- Que es la imputación objetiva 2) Jakobs – Parte General-Imputación objetiva 3) Reyes Alvarado – Imputación objetiva		

UNIDAD II: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (I)

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
- Riesgo permitido - Principio de confianza	Para el desarrollo del curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco	Reconoce los institutos dogmáticos de la imputación objetiva desde

	teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	un enfoque normativista.
Caso Sugerido: CASO N° 1		
Lecturas Obligatorias: 1) Maraver - Principio de confianza 2) Jakobs – Imputación objetiva		

UNIDAD III: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ESQUEMA DE IMPUTACIÓN

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
- Prohibición de regreso - Imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima - La autonomía de los institutos dogmáticos de la imputación objetiva	Para el desarrollo del curso el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	Valora el ordenación sistemática en el esquema de imputación.
Caso Sugerido: - CASO N° 2. - CASO N° 3. - CASO N° 4. - CASO N° 5. - CASO N° 6. - CASO N° 7.		

Lecturas Obligatorias:

- 1) Cancio – Exclusión de la tipicidad
- 2) J.Caro – Conductas neutrales
- 3) Jakobs – Prohibición de regreso

V. MEDIOS Y MATERIALES.

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

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "Imputación Objetiva" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

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

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

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

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

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas

propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.
- CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.
- CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Serie: Derecho Penal en el Perú, Volumen DPP1, Ara Editores, Lima, 2014.
- FEIJOO, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002.
- FEIJOO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Universidad Externado de Colombia/José María Bosch Editor, Bogotá/Barcelona, 2003.
- FEIJOO, Bernardo, *La normativización del Derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?*, Ara Editores, Lima, 2007.
- FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid 1995.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Tomo I, Grijley, Lima, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, Thomas Arizandi, Navarra 2005.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Lima 2005.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Cancio Meliá, Peñaranda Ramos y Suarez González, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2001.
- LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología y el funcionalismo*, edición y traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima 2003.
- LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Sánchez-Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Navarra 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel, “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista”, en *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 55 ss.
- POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, en ROXIN/POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal*, Ara Editores, Lima, 2013.
- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Bogotá 1994.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2003.
- ROXIN, Claus et al., *Sobre el estado de la teoría del delito, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra*, Civitas, Madrid 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2000.

- ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima 2007.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid 1976.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado "delito de propia mano". Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, 4ª ed., trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires 2005.
- VILLAVICENCIO T., Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos y Sergio Yañez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal* (traducción y notas de José Cerezo Mir), B de F, Buenos Aires, 2002.

PRESENTACIÓN

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

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Imputación Objetiva” en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Introducción, antecedentes y fundamentos de la teoría de la imputación objetiva; Institutos dogmáticos de la imputación objetiva desde un enfoque normativista (I) y Institutos dogmáticos de la imputación objetiva desde un enfoque normativista (II). Ordenación sistemática en el esquema de imputación.

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

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar la teoría de la imputación objetiva.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

La teoría de la imputación objetiva es uno de los aportes más importantes de la moderna ciencia del Derecho penal, producto de la normativización del tipo penal y de la funcionalización de la dogmática jurídico-penal. No es una construcción meramente teórica, carente de aplicabilidad práctica ni tampoco un producto finalizado, sino todo lo contrario. Es un instrumento dogmático de eminente utilidad para los abogados, jueces y fiscales, en constante evolución y sujeta a permanente discusión científica, por lo que los postulados e instituciones de la imputación objetiva no pueden ser concebidos como una lista taxativa de criterios normativos.

En la medida en que uno de los más frecuentes y complejos problemas dogmáticos que se presenta en el marco de un proceso penal es el de determinar si los hechos materia de investigación tienen relevancia para el Derecho penal, esto es, si la conducta analizada se adecua al supuesto de hecho previsto en la ley penal, no sorprende en absoluto el profuso e inabarcable desarrollo doctrinal que ha tenido la teoría de la imputación objetiva, desde diversos ángulos y perspectivas metodológicas.

En el presente trabajo, se ofrece un panorama general de la imputación objetiva, con sus principales rasgos caracterizadores y las instituciones dogmáticas aceptadas por la doctrina y –también– aplicadas recurrentemente y desde hace ya varios años por la jurisprudencia nacional, esta última tan importante en el reconocimiento y desarrollo jurídico de las diversas instituciones liberadoras de la responsabilidad penal.

INDICE

UNIDAD 1: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	15
1. La insuficiencia de las teorías de sustrato naturalista: el causalismo y el finalismo	18
2. La superación de las posturas naturalísticas por una dogmática normativista	22
3. Concepto y fundamentos de la teoría de la imputación objetiva	24
a) Punto de partida: la delimitación de ámbitos de competencia como función esencial de la imputación objetiva en base a la posición social concreta	27
b) El principio de autorresponsabilidad	32
4. La imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva	34
UNIDAD II: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (I)	45
1. Riesgo permitido	49
a) Permiso de conductas riesgosas y adecuación social	49
b) Concepto y fundamento del riesgo permitido	51
c) Análisis de la situación concreta como requisito indispensable para la determinación del riesgo no permitido	55
2. Principio de confianza	56
a) Consideraciones conceptuales	56
b) El reparto de tareas en estructuras complejas	59
c) Límites del principio de confianza	62
UNIDAD 3: INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ESQUEMA DE IMPUTACIÓN	70
1. Prohibición de regreso	73
a) Concepto y fundamento	77
b) ¿Son relevantes los conocimientos del sujeto que actúa conforme a su ámbito de competencias?	78

c) Algunos límites de la prohibición de regreso	79
2. La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima	79
a) Introducción. Diferencias con la autopuesta en peligro en un esquema político-criminal de imputación	79
b) ¿Existen 'deberes de autoprotección' exigibles jurídicamente a la víctima?	81
c) Autonomía y atribución a la esfera de competencia de la víctima	83
d) Presupuestos generales para la imputación del suceso a la víctima	84
e) Orden sistemático y efecto excluyente de la tipicidad	89
3. La autonomía de los institutos dogmáticos de la imputación objetiva	90

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

PRESENTACION

En este apartado se ofrece un marco introductorio sobre la evolución y antecedentes de la teoría de la imputación objetiva, tal como se le concibe y entiende hoy en día. Como se ha indicado, esta teoría comporta una construcción dogmática en constante desarrollo y perfeccionamiento, por lo que ha atravesado una serie de fases en la discusión científica. Si cabe individualizar de modo simplificado su origen se podría decir que la imputación objetiva nace como una respuesta racional frente a las formulaciones dogmáticas de signo naturalista, las cuales partían de una base ontológica y, por lo tanto, ajena completamente a la ciencia jurídico-penal.

En tal sentido, se hace una reseña sobre el derrotero científico de la teoría de la imputación penal, partiendo desde las teorías causalistas, hasta llegar –frente a su insuficiencia– a los innovadores planteamientos normativistas que redundaron en un remozado esquema de imputación con criterios objetivos, tendencialmente distanciados de criterios naturalistas y enfocados más en la función social del Derecho penal, esto es, en la interrelación inescindible entre Derecho y sociedad. Al tiempo, se desarrolla los puntos principales fundamentos y consideraciones de la moderna teoría de la imputación objetiva.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es el causalismo? ¿Qué características comunes y diferencias presenta respecto de la doctrina finalista?
2. ¿Cuáles son los principales cambios o propuestas innovadoras que trajo consigo? (señale y desarrolle por lo menos tres)
3. ¿Cómo se delimita el ámbito de competencia de una persona y qué importancia tiene el concepto del 'rol social' para tales efectos?
4. ¿Cuáles son las implicancias del principio de autorresponsabilidad para la imputación penal?
5. ¿Cuál es el orden metodológico que debe seguirse en el juicio de imputación? ¿Por qué?

1. La insuficiencia de las teorías de sustrato naturalista: el causalismo y el finalismo

a) *El causalismo*

La imputación objetiva constituye una herramienta fundamental en la teoría de la imputación jurídico-penal, pues plantea un enfoque marcadamente diverso al de la teoría de la causalidad, para la cual la tipicidad de una determinada conducta se establecía a través de la simple comprobación de un *nexo causal* entre la acción humana y el resultado lesivo de un bien jurídico.

El concepto de causalidad, que acaparó la atención de la doctrina desde mediados del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, tiene un sustrato eminentemente *naturalística*, pues para determinar la relevancia penal de un comportamiento recurre a un elemento prejurídico o extrapenal (ajeno a las ciencias penales) como es la causalidad meramente fáctica, basada en las leyes de las *ciencias naturales*. Desde esta perspectiva, la tipicidad objetiva de una conducta dependía de la fenomenología del suceso, por lo que el delito comportaba una modificación del mundo externo a través de movimientos corporales o acciones físico-mecánicas.

En síntesis, para el sistema causalista la imputación penal se determina a partir de la fórmula “causalidad + dolo = responsabilidad”¹. El siguiente caso de la jurisprudencia alemana de inicios del siglo pasado permite apreciar este esquema de imputación²:

Junto al dueño de un burdel clandestino, condenado como autor del delito de proxenetismo, fue condenado también como cómplice un sujeto que vendía vino a aquél, bajo el argumento de que el vino había favorecido e incrementado la visita de clientes al local. El tribunal consideró que la venta del vino tenía una vinculación directa con el proxenetismo y que el vendedor tenía conocimiento de dicha actividad ilícita.

La sanción penal recaída sobre el vendedor se fundamentó en la comprobación del nexo causal entre la conducta desplegada (venta de vino) y el resultado (conducir un local dedicado ilícitamente a la prostitución). Por ende, al tribunal le bastó verificar que la conducta del vendedor contribuía causalmente a la visita frecuente de clientes y, consecuentemente, al funcionamiento del burdel para considerar que el proxenetismo podía ser también atribuido a él como una obra suya.

¹ Cfr. en lo que sigue, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Serie: Derecho Penal en el Perú, Volumen DPP1, Ara Editores, Lima, 2014, p. 44.

² Caso resuelto por el Tribunal del Imperio alemán (14 de junio de 1906).

Este ejemplo permite dar cuenta del empleo judicial de la llamada *teoría de la equivalencia de condiciones*, según la cual cada una de las condiciones que contribuyen a la producción de un resultado debe ser considerada una causa, de suerte que ninguno de los diversos factores relacionados a dicho resultado tiene un valor superior al de los demás, sino que, por el contrario, todos tienen un *valor equivalente*, pues todos conjuntamente posibilitaron su producción. De este modo, aplicado sin ningún criterio limitador, tan responsable como el proxeneta, sería no sólo el vendedor de vino sino también el fabricante del vino, el proveedor de los insumos para su elaboración o el que se encargó de transportarlos, etc., y así sucesivamente el círculo de supuestos responsables podría extenderse de modo indefinido.

Sin embargo, dada la enorme amplitud de un postulado de esta naturaleza, para el que resultaban relevantes todas las condiciones que, aun lejanamente, pudieron haber favorecido la producción de un resultado, se planteó un correctivo, la fórmula denominada *conditio sine qua non*, en virtud de la cual un suceso es causa de un resultado si, siendo suprimido mentalmente, el mencionado resultado desaparece³. Así, por ejemplo, si A dispara a la cabeza de B, produciéndole la muerte, es evidente que si suprimimos mentalmente la conducta de A (disparar), desaparece el resultado lesivo (muerte de B), por lo que es posible afirmar que el disparo de A es causa de la muerte, es decir, quien mató a B es A.

Pero este tipo de razonamiento, tan simple y normalmente empleado en la doctrina para dar cuenta de la utilidad que en su momento aportó la *conditio sine qua non*, no podía estar exenta de críticas ni consecuencias problemáticas. Y es que la principal limitación de esta fórmula se pone de manifiesto en casos en que se desconoce el efecto causal de determinado factor respecto del resultado. Tómese como ejemplo el famoso caso de la talidomida en Alemania, en el que se trató de determinar si una sustancia ingerida bajo prescripción médica por mujeres embarazadas había provocado malformaciones fetales. En este caso no fue posible determinar científicamente un nexo causal, por lo que la *conditio sine qua non* resultó inoperante, pues al suprimirse mentalmente el suministro del medicamento, no era posible concluir que las malformaciones hubiesen desaparecido o no.

Similares problemas se presentan en casos en que confluyen simultáneamente diversos factores causales que ocasionan el resultado. Por ejemplo, en la ejecución por parte de un pelotón de fusilamiento, en el que los verdugos disparan a diversas

³ Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 10, quien recuerda que no debe confundirse la teoría de la equivalencia de condiciones con la *conditio sine qua non*.

partes vitales de la víctima. En este supuesto la *conditio sine qua non* tampoco ofrece una solución plausible, pues no se puede suprimir mentalmente ninguna de las conductas de los verdugos sin que el resultado desaparezca, por lo que en este tipo de casos esta fórmula correctiva del causalismo tampoco aporta mucho.

b) La doctrina finalista

Por su parte, la doctrina finalista, formulada por WELZEL desde la década de los treinta del siglo pasado, significó en su momento un planteamiento innovador que procuró limitar la excesiva imputación penal. Aunque es innegable la importancia de los aportes del finalismo, algunos de ellos acogidos por la ciencia penal hasta el día de hoy, su planteamiento central (la acción final) no logró superar las críticas dirigidas al causalismo.

Como se sabe, el elemento nuclear del finalismo es la acción final: toda conducta humana está dirigida hacia una finalidad, por lo que toda persona que realiza una acción típica, la orienta hacia fines concretos al conocer, en su “saber causal”, las consecuencias posibles de su conducta. Como lo señala el propio WELZEL: “Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento”⁴.

En este sentido, este pensamiento dogmático considera que la finalidad se funda en la capacidad de la voluntad humana para prever las consecuencias del comportamiento en un curso causal determinado y de dirigirlo a la consecución de un fin, conforme a un plan. En esta línea, mientras que en un asesinato todos los actos (comprar un arma, una soga, un veneno, hundir un puñal, apretar el gatillo, etc.) están dirigidos a una finalidad, la muerte producida por un rayo es el producto “ciego” de factores causales preexistentes y completamente independientes a la voluntad humana⁵. Así las cosas, para esta corriente de pensamiento, es evidente que la voluntad constituye “la espina dorsal” de la acción final y es la rectora del acontecer causal⁶.

Sin embargo, la doctrina finalista tampoco consiguió superar del todo los inconvenientes y limitaciones del causalismo, pues al introducir en su esquema un

⁴ WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (traducción y notas de José Cerezo Mir), B de F, Buenos Aires, 2002, p. 41, a partir de lo cual formula la conocida frase de que mientras la causalidad es “ciega”, la finalidad es “vidente”.

⁵ WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, p. 42.

⁶ *Ibídem*.

elemento de corte subjetivo y psicológico como la voluntad, no corrigió los defectos de una imputación excesiva, sino que, por el contrario, amplió innecesariamente el círculo de posibles responsables. Así, por ejemplo, en el caso del burdel clandestino, si la voluntad –orientada a la consecución de la finalidad de prostituir ilegalmente a mujeres– fuese el elemento desencadenante de la responsabilidad penal, entonces habría que concluir inexorablemente en la imputación dolosa del delito de proxenetismo al vendedor del vino, si es que éste conocía el giro del negocio ilícito o que el vino iba a atraer a más clientes.

Si trasladamos lo dicho a un ejemplo tan cotidiano como el tráfico viario, tendríamos que en un accidente de tránsito ocasionado por un joven que conducía el vehículo de su amigo a una velocidad superior a la permitida, a raíz del cual resulta herida una persona que cruzaba la calzada en estado de ebriedad, no sólo habría que analizar el proceder de ambos intervinientes, sino también el del amigo que le prestó el vehículo, de la persona que le vendió las bebidas alcohólicas que lo embriagaron, pudiendo llegarse en esta cadena de atribución causal, inclusive, al fabricante del vehículo.

Imagínese que el amigo que le prestó el vehículo al joven conductor imprudente conocía que a éste le gustaba salir de fiesta los fines de semana; que el vendedor de la tienda donde compró las bebidas observó que venía manejando; y que el fabricante del vehículo es consciente de que los vehículos que fabrica, al no ser de alta gama y carecer de medidas de seguridad muy estrictas (aun cuando cumple con los estándares mínimos requeridos), pueden generar serias lesiones a sus tripulantes en caso de accidentes. ¿Cabría imputar el resultado lesivo a todas estas personas? Si nos ceñimos a la voluntad como elemento medular de la imputación finalista, entonces en principio no habría impedimento alguno para atribuirles a todos ellos el resultado lesivo.

Más allá de las críticas sustantivas que pueden efectuarse a la doctrina finalista⁷, parece claro que su esquema de imputación basado en un elemento subjetivo (la voluntad que guía la conducta) no resuelve con solvencia y racionalidad los problemas derivados del juicio de imputación penal.

⁷ Un interrogante no resuelto por el finalismo es sin duda la aplicación coherente de su esquema de imputación a los delitos imprudentes, pues no queda claro cómo en este ámbito la acción puede ser típica aun cuando la voluntad del sujeto no está orientada a la realización de un resultado típico. Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, en ROXIN/POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal*, Ara Editores, Lima, 2013, pp. 113 ss.

En consecuencia, ni el causalismo ni el finalismo, que se fundamentan en criterios naturalistas (no jurídicos), ofrecen respuestas suficientemente convincentes y congruentes, pues en ambos la imputación se extiende a un círculo indefinido de personas. Por ende, desde estas perspectivas, la respuesta de por qué en un delito de homicidio (por usar el más didáctico a estos efectos) se imputa a alguien el resultado ‘muerte’, sería: porque se causó la muerte (causalismo naturalista), porque sin su conducta no se habría causado la muerte (*conditio sine qua non*) o porque la causó dolosamente (finalismo)⁸.

2. La superación de las posturas naturalísticas por una dogmática normativista

El pensamiento naturalista descrito anteriormente y su limitada forma de ver las cosas ha venido perdiendo fuerza desde las primeras décadas del siglo pasado y actualmente es posible afirmar que ya ha sido superada para dar lugar a una dogmática de signo normativista⁹. De hecho, ROXIN ha fijado como fecha de defunción de este modelo causalista la segunda década del siglo pasado¹⁰.

En el esquema normativista no hay cabida para criterios fundamentados en la causalidad y las leyes de las ciencias naturales, por lo que resulta ajeno a la ciencia jurídico-penal dar primacía a un simple movimiento corporal que produce causalmente un resultado¹¹.

Es decir, resulta ajena a la ciencia jurídico-penal la simple constatación de una relación de causa-efecto entre el comportamiento de una persona y el resultado lesivo ocasionado¹². Por el contrario, desde una perspectiva jurídica (porque el Derecho penal es eso: ¡una ciencia *jurídica*!) se trata de determinar si un comportamiento puede ser imputado o no a una persona como su obra por ser

⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Cancio Meliá), Grijley, Lima, 1998, p. 18.

⁹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, (trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 25 s.: “Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de las relaciones jurídicas de sentido y significado”. En el mismo sentido, MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *RPDJP* N° 6, 2005, p. 291: “La perspectiva naturalística no es adecuada al Derecho ni a los hechos que éste debe regular”.

¹⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, p. 26.

¹¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 98.

¹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”*, p. 98.

normativamente competente del hecho¹³, con total prescindencia de si actuó u omitió, si lo hizo de propia mano o valiéndose de otros medios (objetos, animales, una o más personas). Una constatación meramente física nada dice sobre el significado del comportamiento de las personas, cuya definición es en realidad lo jurídicamente relevante¹⁴.

Esto supone enfocar la atención no sobre un concepto fáctico-naturalístico, sino precisamente sobre uno jurídico-penal: el *deber*. Éste puede verse satisfecho o quebrantado mediante acciones u omisiones, pero tal circunstancia es ciertamente secundaria para el Derecho penal¹⁵. En definitiva, lo que a la ciencia penal le interesa garantizar son ciertas expectativas de conducta necesarias para la convivencia social, mas no la forma externa cómo ellas se defrauden (mediante acciones, omisiones o ambas a la vez)¹⁶. De hecho, muchas veces la determinación de si se actúa u omite puede ser sumamente complicada y la casuística en este ámbito puede siempre sugerir construcciones fenomenológicamente cada vez más alambicadas. Lo dicho se puede ver claramente en casos en que media un mecanismo automatizado.

Por ejemplo, en el caso de una persona que, conduciendo su vehículo, atropella a un peatón mientras cruza la calzada, la imputación contra el primero por el delito de lesiones, desde un enfoque físico-naturalístico,

¹³ Sin embargo, la línea metodológica aquí seguida se halla lejos de estar exenta de objeciones. Cfr., a título de ejemplo, la perspectiva ostensiblemente crítica de MIR PUIG, *RPDJP* N° 6, 2005, p. 285, uno de los principales detractores del funcionalismo normativista en España, quien expresa que “este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario y priva de límites al poder punitivo del Estado”. No obstante, dejando de lado las etiquetas y los adjetivos, lo cierto es que la cuestión de los límites es un problema inherente a cualquier modelo dogmático que se pretenda construir en torno a la teoría del delito, y no uno exclusivo de una concreta línea de pensamiento. Es por lo tanto errado, como lo pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en ÍDEM, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 202, “asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario e incluso totalitario”. Cfr. asimismo las críticas al –así también denominado– funcionalismo monista-normativista jakobsiano efectuadas por SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 41 ss. y, especialmente, pp. 44 ss.

¹⁴ Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión*, pp. 34 s.: el Derecho penal moderno no sólo no toma como punto de referencia simples movimientos corporales, sino que –decimos nosotros– no depende de ellos; si lo que se pretende determinar es el significado de una conducta, “la diferenciación entre movimiento y no-movimiento es solamente técnica” (p. 35).

¹⁵ Como lo pone de manifiesto JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 35: “La configuración de la sociedad, a cuyo mantenimiento debe contribuir el derecho penal, no cristaliza en naturalismos como la diferenciación entre comisión y omisión, sino en instituciones”, las que configuran los deberes tanto negativos como positivos.

¹⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 76 ss.

puede formularse de dos formas, tanto activa como omisiva: **i)** como una acción (positiva), pues al pisar el acelerador impulsó el carro hacia la víctima; **ii)** como omisión, puesto que el conductor no pisó el freno para evitar impactar al peatón. Como se puede ver, en una visión naturalística, en este caso puede imputarse al conductor tanto una acción como una omisión, lo que lleva a preguntarse: *¿Es realmente determinante para el juicio de imputación que el sujeto actúe u omita; que realice un movimiento corporal o no lo haga?*

La respuesta es, sin duda alguna, negativa. Estas cuestiones, como ya se ha dicho, pueden tener relevancia para las ciencias naturales, pero no para la ciencia penal. Al Derecho penal le interesa, por el contrario, determinar si el sujeto infringió un deber jurídico que lo haga competente por el resultado lesivo. En el ejemplo, es penalmente irrelevante si actuó u omitió, si pisó o no el acelerador, o si pisó o no el freno. Determinar cuándo una persona es competente, por haber infringido un deber derivado de su rol social, es precisamente lo que busca determinar la imputación objetiva a través de sus diversos criterios normativos, los que, ordenados y correctamente delimitados, permiten sustentar dogmáticamente –y no de manera meramente intuitiva– si un comportamiento es típico o no.

De esta manera, se ha ido consolidando la premisa de que la sola causación de un resultado lesivo no dice nada sobre la relevancia jurídico-penal de un suceso, es decir, no determina aquello que expresa comunicativamente un sentido social perturbador. En palabras de JAKOBS, “la causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social”¹⁷.

La perspectiva naturalística se rige por sus propias leyes y éstas no pueden ser modificadas ni adaptadas porque simplemente son extrañas a la ciencia del Derecho penal y corresponden, por tanto, a otro ámbito cognitivo (las ciencias naturales)¹⁸.

3. Concepto y fundamentos de la teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva se erige en la actualidad como una herramienta dogmática que permite definir cuándo un comportamiento se encuentra dentro de un espacio jurídicamente admitido y cuándo es, por el contrario, socialmente

¹⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 19.

¹⁸ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 35 ss.; ÍDEM, *La función de la pena* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 75.

perturbador, esto es, permite establecer el verdadero sentido que tiene determinada conducta desarrollada por una persona en la sociedad¹⁹. Esta teoría parte de presupuestos marcadamente distintos de los que fundamentaron los tradicionales esquemas de imputación de corte naturalístico, que por sus carencias e insuficiencias metodológicas no pudieron superar los cuestionamientos hechos a partir desde una perspectiva social.

La imputación objetiva no es sino el producto de la normativización de la teoría del tipo, siendo actualmente concebida como una teoría general de la conducta típica²⁰. En efecto, la imputación objetiva es comprendida, en términos generales, como un mecanismo normativo dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal, prescindiendo del análisis de las causas o condiciones del resultado lesivo²¹.

De lo que se trata en el marco de la imputación objetiva es determinar a quién le pertenece un suceso o, dicho con otras palabras, quién es normativamente competente por el resultado lesivo que aquél genera²².

Es precisamente este criterio normativo de la *competencia* el que, finalmente, fundamenta el juicio de tipicidad, en la medida en que permite determinar, más allá de los posibles y numerosos cursos causales concurrentes, quién ha sido la persona que, tras haber invadido una esfera jurídica ajena, ha infringido un deber de garante con relevancia jurídico-penal. Esto indudablemente conduce a la determinación del significado social de un comportamiento, que no es sino la inevitable consecuencia de la ya aludida labor de delimitación de ámbitos de responsabilidad atribuida a la imputación objetiva. De ahí que JAKOBS conciba a la teoría de la imputación objetiva como una “teoría del significado del comportamiento”²³.

¹⁹ JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA DÍAZ (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007, p. 238.

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 321.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002, § 28 I. 2. Por tal razón JAKOBS [*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 7/4] afirma que la imputación objetiva se ocupa de la “determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”

²² JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 18.

²³ Vid. JAKOBS, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, p. 238, agregando al respecto: “Si se pretende comprender el hecho como cuestionamiento, no sólo ha de tener un efecto externo, sino que debe corresponderle un significado... lo que nada significa no puede constituir una cuestión” (JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 9).

Desde el punto de vista normativista de la que parte la imputación objetiva, es posible superar los innumerables inconvenientes originados con un razonamiento puramente causalista o inclusive finalista, según el cual, como ya se señaló, basta determinar si el presunto autor causó un resultado, lo causó de forma adecuada o, en todo caso, si lo causó dolosamente²⁴.

En el ámbito de la imputación objetiva, no resulta suficiente y ni siquiera necesario verificar en un plano físico-causal quién ocasionó un resultado. Por el contrario, la imputación objetiva se despoja de todo rezago naturalista, para poder separar los ámbitos de responsabilidad de cada actuante en un suceso y atribuirlo únicamente a quien ha excedido los márgenes de su propia esfera personal de competencia. Por lo tanto, resulta fundamental para la imputación objetiva partir de una clara delimitación de espacios de responsabilidad de cada persona, pues sobre esa base se erigirá el juicio de imputación, en la medida en que no se puede hacer responsable a los demás por los actos de uno mismo (*autorresponsabilidad*).

Debe quedar claro que imputar comporta adscribir a una persona un determinado suceso como una obra suya. Ya desde HEGEL se entendía que sólo puede llamarse imputación a aquello que en una conducta puede ser reconocido como obra propia. De este modo, propuso distinguir entre dos clases de consecuencias que un comportamiento genera: por un lado, aquellas que son parte de la configuración misma de la acción, que son su “alma” y sin las cuales carecen de significado; y, por otro lado, aquellas consecuencias que no pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado la conducta. Sólo las primeras, en tanto pertenecen a la conducta, pueden ser imputadas, mientras que las consecuencias que se derivan, no de la conducta, sino de la modificación del mundo exterior, no deben ser imputadas²⁵.

En síntesis, puede afirmarse que la imputación jurídico-penal reviste cuatro características inescindibles que configuran su esencia²⁶:

²⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Grijley, Lima, 1998, p. 18.

²⁵ REYES ALVADO, *Imputación objetiva*, p. 49.

²⁶ Cfr. en este sentido, POLAINO-ORTS, “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista”, en MIRÓ LLINARES/POLAINO-ORTS, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 73 ss., quien las denomina como “las cuatro caras del polígono” jurídico de la imputación penal. En el mismo sentido, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 48 s.

- La imputación es *normativa*, pues presupone siempre la infracción de un deber jurídico (más concretamente: jurídico-penal, pues se trata de un deber con relevancia para el Derecho penal).
- La imputación es *personal*, porque comporta la extralimitación de un ámbito o esfera de competencia concreta, correspondiente a una persona, lo que dota de contenido al juicio de imputación.
- La imputación es *social*, pues requiere la defraudación de una expectativa normativa vigente en la sociedad.
- La imputación es *valorativa*, puesto que atribuye a una determinada conducta un significado social perturbador, esto es, comunica socialmente un sentido estabilizador.

Sólo puede hablarse de una imputación en sentido jurídico-penal cuando concurren estos cuatro aspectos caracterizadores. La imputación tiene siempre un significado comunicativamente socio-normativo que contrarresta el significado social perturbador que comunica el delito. En otras palabras, así como la comisión de un delito comunica a la sociedad en su conjunto que las normas jurídico-penales no rigen, poniendo en tela de juicio su imperio, la imputación penal restaura o reafirma la vigencia de dicho parámetro socio-normativo de conducta, comunicando a la sociedad, por el contrario, que la ley infringida es la que rige y modula los comportamientos sociales, pese a la alteración del orden jurídico producida por el delito.

a) Punto de partida: la delimitación de ámbitos de competencia como función esencial de la imputación objetiva en base a la posición social concreta

La imputación objetiva parte de la premisa básica de que cada ciudadano tiene asignada una esfera autónoma de organización que está obligado a administrar de manera adecuada, sin usurpar ni lesionar esferas jurídicas ajenas. En ese sentido, está destinada a determinar si un suceso que ha lesionado algún bien jurídico puede ser atribuido normativamente a una persona como una conducta típica, como consecuencia de la infracción de algún deber jurídico-penalmente relevante que lo convierta en *competente* respecto al hecho²⁷. Es decir, para determinar la

²⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 412; ÍDEM, “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en HEYDEGGER/JHULIANA (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Idemsa, Lima, 2013, pp. 104 ss., con un desarrollo más específico y profundo sobre la *competencia* en el ámbito de la criminalidad empresarial.

relevancia típica de una conducta no es suficiente verificar en un plano físico-causal quién ocasionó un resultado.

Por el contrario, con total prescindencia de factores naturalistas ajenos a la ciencia penal, debe definirse primero y separar después los ámbitos de responsabilidad de cada interviniente, adscribiendo el suceso únicamente a quien ha superado indebidamente los márgenes de su propia esfera personal de competencia. Los diversos institutos dogmáticos que conforman la teoría de la imputación objetiva permiten concretar la labor de definición y demarcación de los contornos de esos ámbitos de competencia²⁸.

En este escenario resulta fundamental el conocido concepto genérico del *rol social* que, con independencia de su denominación formal, hace referencia a la posición específica que ocupa toda persona en un determinado contexto social. El rol social es entendido como “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”²⁹. Desde la sociología jurídica, se le concibe como un haz de expectativas que, aunque son ejecutadas por individuos, no se encuentran necesariamente a éstos, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social, de acuerdo con lo que se espera de tal posición³⁰.

Sobre la base de esta posición social concreta se van dibujando los contornos del ámbito de competencia y, con ello, las *expectativas sociales* de conducta del ciudadano. En tal sentido, el papel que cada sujeto desempeña en un determinado contexto social de actuación resulta fundamental para determinar si su aporte puede ser reputado como típico o, por el contrario, como carente de relevancia penal³¹. De este modo, se objetiviza el juicio de imputación a partir de parámetros socialmente reconocidos y alejados de la subjetividad, pues lo único que interesa en este terreno es la persona en cuanto portadora de un rol, esto es, la posición jurídica que ocupa en una estructura social concreta –y que la sociedad reconoce

²⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 24 ss. y *passim*; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 97 ss.; ÍDEM, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Universidad Externado de Colombia/José María Bosch Editor, Bogotá/Barcelona, 2001, pp. 362 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, *passim*; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 413 ss.; MEDINA FRISANCHO, “La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho penal”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 14, agosto 2010, pp. 61 ss.

²⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 21.

³⁰ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 72.

³¹ CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, p. 26.

como tal— y no el significado que cada individuo, unilateralmente, le asigne a su propio comportamiento³².

Es evidente que el Derecho penal se ocupa de conflictos *dentro* de la sociedad, por lo que las expectativas de conducta han de estar también relacionadas con la persona *en sociedad*, lo cual posibilita los contactos anónimos, tan propios de la sociedad moderna, y se coordinan expectativas con anticipación³³.

Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de realidad. Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (v. gr. taxista, padre, policía, juez, fiscal, profesor, médico, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social³⁴.

Esta posición social configura un ámbito de libertad de organización que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular de dicho ámbito, qué es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer; esto es, concretamente, define las *expectativas sociales de comportamiento* que habrá de cumplir conforme al papel que le corresponde desarrollar en la sociedad³⁵. Y son precisamente estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el mundo social en que aquél se aplica sean inescindibles³⁶.

De acuerdo con esto, el rol social se encarga de fijar lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en un contexto de interacción social determinado, lo cual tiene la virtualidad funcional de comunicar a los demás y también al propio titular del ámbito de organización qué es lo que debe o no hacer

³² Por tal razón, “la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento”; vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 82.

³³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 71.

³⁴ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, pp. 19 ss.

³⁵ CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 28 s.

³⁶ En palabras de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 21 s.: “la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad”.

alguien en determinada posición dentro del contexto de interacción social y, por tanto, lo que la sociedad debe o no esperar de él.

La posición social ocupada por cada persona, por lo tanto, constituye un factor normativo con una doble función, correspondientes correlativamente a las dos facetas que presenta:

- *Aspecto externo o formal*: el rol social es como una ‘máscara’, una etiqueta que los demás pueden ver y que permite identificar socialmente a su portador e indica su posición en el mundo social³⁷. Constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas³⁸. Por ejemplo, a diario podemos identificar sin mucha dificultad los roles de diversos sujetos: cuando salimos a la calle y vemos a una persona uniformada y con un arma de rigor, sabemos que se trata de un policía; si entramos a una sala de audiencias del Poder Judicial, es fácil identificar a las personas que están sentadas en la mesa principal como los magistrados; y si entramos a un hospital y vemos a una persona con una bata blanca, sabremos que es un médico. Como se aprecia, aun sin conocer a estas personas, e inclusive por su vestimenta, ya podemos identificar su posición social concreta³⁹.
- *Aspecto interno o material*: define un conjunto de deberes y derechos inherentes al rol específico del sujeto. Por ejemplo, tanto el policía como los jueces tienen derecho a recibir una remuneración del Estado, pero también tienen el deber de velar por la seguridad pública y de dictar sentencias justas, respectivamente; el médico tiene derecho a contar con instalaciones adecuadas y medicamentos para cumplir su labor, pero también la obligación de atender a los pacientes de la forma más diligente posible, conforme a las reglas técnicas de su profesión.

Estos dos aspectos del rol social están unidos de forma inseparable, a modo de dos caras de una misma moneda. El aspecto material provee de contenido al aspecto

³⁷ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, pp. 50 ss.; POLAINO-ORTS (“Imputación objetiva: esencia y significado”, en KINDHÄUSER/POLAINO-ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.) recurre al símil de “una etiqueta en la solapa” para caracterizar al rol social.

³⁸ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, pp. 38 s.

³⁹ POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, pp. 114 s.

formal. Y, como se ha señalado, el rol delimita el ámbito de competencias del ciudadano, definiendo en cada caso el segmento de la vida social que le corresponde administrar de forma correcta.

Por consiguiente, la importancia del rol radica no sólo en su capacidad para identificar a cada persona en el mundo social, sino también en su utilidad social para exteriorizar y dar a conocer a los demás a qué está o no obligada ella en los múltiples contactos que establezca⁴⁰; o lo que es lo mismo, determina las *incumbencias*⁴¹ —lo que le incumbe o compete jurídicamente realizar o no— de acuerdo a su posición social.

De esta noción básica nace la conocida frase “no todo es asunto de todos” acuñada hace casi dos décadas por el profesor alemán Günther JAKOBS⁴² y que comporta la idea, también fundamental para el sistema de imputación jurídico-penal, de la separación de ámbitos de responsabilidad. En efecto, no se puede esperar de un taxista que sepa qué actividades realizará en su destino el pasajero que transporta, ni tampoco se puede esperar que un médico obligue violentamente a su paciente consciente y responsable a quedarse en el hospital.

En tal sentido, del mismo modo en que la sociedad premia a título de mérito a quien se comporta dentro de los márgenes de su posición social (reputándolo como buen padre, un magistrado probo, un respetable policía, etc.), también le recriminará su conducta a través de un juicio de imputación cuando la infrinja, esto es, cuando defraude las expectativas que se derivan de su posición social⁴³.

⁴⁰ Como lo señala, POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, p. 22: “el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás sepan a qué atenerse”.

⁴¹ Para una aproximación conceptual a las *incumbencias* en Derecho penal, véase JAKOBS, “Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, 2003, p. 195: “quien detenta la incumbencia por algo tiene que realizar alguna prestación que puede consistir bien en alejar un peligro de otra persona o bien en soportar los costes derivados de la solución de un conflicto tolerando en un supuesto de colisión de intereses una lesión de sus propios intereses...”. De especial interés, SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, en *InDret* 1/2015, *passim*, quien desarrolla el concepto en un análisis mucho más amplio y no limitado al uso tradicional que se hace del mismo, esto es, el referido a la competencia de la víctima o a la adopción de *compliance* por la persona jurídica [en respuesta al artículo de Juan Pablo MONTIEL (“¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?”, en *InDret* 4/2014), mediante el que plantea un análisis eminentemente crítico sobre la aplicación del concepto, pero sin negarle, del todo, valor para el Derecho penal].

⁴² Como lo explica JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza””, en IDEM, *Estudios de Derecho penal* (trad. Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles), Civitas, Madrid, 1997, p. 211: “La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía...”.

⁴³ Este quebrantamiento del rol constituye para JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 54 s., “el requisito mínimo de una defraudación”.

Por ende, el rol social establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social específica, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación⁴⁴.

Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social. Por esta razón, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización⁴⁵.

De ahí que, como ya se ha señalado, la imputación objetiva se oriente a determinar el carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si ésta altera el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado por denominar, incluso ya desde WELZEL, como una expresión (típica) de sentido⁴⁶. Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales, esto es, como un sistema cuyos contenidos “designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social”⁴⁷.

b) El principio de autorresponsabilidad

El principio de autorresponsabilidad comporta, como punto de partida implícito del ordenamiento jurídico, que toda persona ha de responder únicamente por sus propios actos⁴⁸, pues en tanto ser libre constitucionalmente consagrado, tiene la facultad y el derecho de autodeterminarse sin injerencias externas: ni de las demás personas con quien convive en la sociedad ni del Estado. Se trata, pues, de la libertad jurídicamente reconocida para optar y tomar decisiones autónomas en un marco de desarrollo individual, sin más limitaciones que las que imponen el

⁴⁴ Por ello es que esa defraudación constituye en JAKOBS (*Sociedad, norma y persona*, p. 18) una comunicación defectuosa del autor del hecho ante la sociedad.

⁴⁵ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal” en *LH Jakobs*, pp. 47 s.

⁴⁶ Lo que, en clave funcionalista, ha de ser comprendido como la contradicción de la norma como modelo vigente de orientación de los contactos sociales. Cfr. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción” (traducción de Cancio Meliá), en *Estudios*, p. 113, poniendo de manifiesto cómo ya *Welzel* realizó de forma admirable los “trabajos preparatorios” de la moderna teoría de la imputación objetiva con la noción –ciertamente de corte normativo– de la adecuación social.

⁴⁷ Vid. MÜSSIG, Bernd, “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”, en *Teoría de sistemas*, p. 251: “... y con ello, también caracterizan a la atribución jurídico-penal de vulneraciones del ordenamiento jurídico”.

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 316. O como lo subraya TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 103, con cita a Mayer: “la persona humana es responsable ante el Derecho no por lo que otro hace sino por lo que él hace”.

respeto a los derechos de las demás personas y el propio orden jurídico. Esta consideración, no obstante, no debe conducir al equívoco de pensar que estamos frente a un derecho absoluto.

El TC peruano ha sido específico en cuanto a las restricciones que pueden sufrir los derechos fundamentales en general y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en particular:

“Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio (...)”⁴⁹.

Es la propia Constitución Política la que se encarga de definir la imagen de la persona como ser libre y autónomo con capacidad de autodeterminación para la toma de decisiones en el desarrollo de su propia vida. La autodeterminación, por tanto, del mismo modo en que se manifiesta cuando el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad a quien infringe la ley penal, resulta nuclear para el juicio de imputación al momento de delimitar ámbitos de responsabilidad individual⁵⁰. En el plano concreto de la imputación, la autorresponsabilidad constituye el principio que, por definición, se encarga precisamente de esa labor de delimitación de esferas de responsabilidad; una tarea que no puede ser ajena a los valores de la comunidad jurídica, entre ellos, protagónicamente, el principio de la libre determinación personal⁵¹.

En efecto, el desarrollo de la persona sólo es posible en tanto se halle vinculada a su libertad⁵²; a la libertad de actuación y de gestión de su esfera de competencia. En suma, la persona en Derecho con capacidad de autodeterminación personal es un sujeto racional que, teniendo libertad para actuar como quiere, ha de responder

⁴⁹ STC N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, FJ 15

⁵⁰ De un doble aspecto, positivo y negativo, del principio de autorresponsabilidad habla ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 162 s.: el primero, fundamentador de la responsabilidad; y el segundo, excluyente de la misma.

⁵¹ Cfr. en tal sentido, la excelente monografía de POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Ara Editores, Lima, 2012, pp. 67 ss. y *passim*; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en Derecho penal*, p. 103, recalcando el papel elemental que tiene el principio de autorresponsabilidad en la formación del injusto.

⁵² Lo que lleva al profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, en GUTIÉRREZ CAMACHO (dir.), *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*, I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 34, a concebirla como un “ser libertad”.

por lo que hace⁵³; esto es, alguien que se vincula a través de deberes jurídicos con los demás en sociedad⁵⁴.

Tal derecho, como no podía ser de otra forma, se encuentra consagrado en el art. 2º, apartado primero de la Constitución Política peruana [“Toda persona tiene derecho: (...) a su *libre desarrollo*”]. La importancia de este derecho fundamental y de su protección constitucional es más que evidente, pues como fundamento de la organización social no puede ser comprendido sin consagrar, a la vez e implícitamente, la noción del ciudadano como persona autónoma⁵⁵. Por tal motivo, su trascendencia radica en ser, junto a la dignidad humana, uno de los más grandes aportes del constitucionalismo moderno humanista⁵⁶.

El Tribunal Constitucional ha sido bastante explícito al afirmar: “El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”; y agrega que “[t]ales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”⁵⁷.

⁵³ Cfr. POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, p. 73. Como resalta este autor: “una Sociedad que reconozca a sus ciudadanos como personas responsables y maduras ha de procurar al ciudadano la libertad suficiente para que éste gestione su ámbito de organización dentro de un margen amplio de actuación que abarca desde el esperado cumplimiento hasta la posible infracción del rol” (p. 72).

⁵⁴ Cfr. JAKOBS, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 18 ss. y *passim*. Como enseña el profesor de Bonn, ser persona significa: “cumple el deber frente al grupo” (p. 41).

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 317.

⁵⁶ LÓPEZ DÍAZ, *Las acciones a propio riesgo*, p. 361: “Sólo un ordenamiento jurídico que garantice a la persona la facultad de desarrollarse libre y autónomamente puede ser tenido como un régimen verdaderamente democrático...”.

⁵⁷ STC N° 2868-2004-AA/TC, FJ 14. Asimismo, resulta interesante, por su contenido eminentemente liberal inherente a un Estado de Derecho, la fundamentación efectuada respecto a la autodeterminación en un ámbito de desarrollo concreto como lo es el derecho a la *reproducción*: “el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la

Así las cosas, el punto de partida para el sistema de imputación es necesariamente la *persona autorresponsable*, sobre la base de la posición social que ésta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar un papel en la sociedad. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de realidad. Por esto se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (v. gr. padre, policía, juez, profesor, médico, empresario, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social⁵⁸.

En línea con la función que cumple el rol social en la delimitación de esferas de responsabilidad, la autorresponsabilidad como principio básico que rige no sólo la imputación penal sino las relaciones interpersonales, viene a complementar y a contribuir en el esclarecimiento de dicha labor de delimitación. Por lo tanto, el rol social y la autorresponsabilidad, que expresan un mismo sentido de atribución normativa y personal de conductas lesivas, deben ser comprendidos como dos fundamentos complementarios e inseparables de la imputación jurídico-penal. Como resultado de esta comprensión integral de ambos fundamentos, se tiene que únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito de organización.

Así, por ejemplo, no podría imputarse a un magistrado la muerte de su hija producida mientras aquél se encontraba laborando, por el solo hecho de ser su padre, tras haber éste delegado dicha función de garante a una niñera que se quedaba con la menor durante el día⁵⁹. En este caso, aun cuando nadie niegue el vínculo paterno-filial que une al magistrado con su difunta hija, no puede imputarse al primero el quebrantamiento de su rol de padre pues el resultado lesivo no es una concreción del incumplimiento de algún deber derivado de dicho rol; este último no era ejercido al momento de producirse el suceso, sino que el magistrado se encontraba desenvolviéndose

necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad (...). Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana (...). De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado...” (voto del magistrado Mesía Ramírez, en la STC N° 7435-2006-PC/TC, de 13 de noviembre 2006).

⁵⁸ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, pp. 19 ss.

⁵⁹ Cfr. en ese sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, p. 175.

precisamente como tal. En consecuencia, el rol de padre se halla fuera de la interacción que dio lugar al resultado lesivo⁶⁰.

Es innegable la utilidad de este principio en tanto criterio básico del sistema de imputación, destinado a la delimitación de ámbitos de organización y, por ende, de atribución de responsabilidades en actividades en la que intervienen varias personas. En ese sentido, el principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la atribución de una esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable. Entonces, lo dicho nos lleva naturalmente a proyectar este principio en dos componentes que se entrelazan para su configuración: la *autonomía* y la *responsabilidad* personal que se deriva de su ejercicio⁶¹.

Por consiguiente, el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que ésta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación⁶². Esto no es sino lo que se conoce como el sinalagma *libertad de actuación/responsabilidad por las consecuencias*⁶³. Es decir, el ordenamiento jurídico consagra y confiere a todo ciudadano un margen de actuación lo suficientemente razonable para que pueda desarrollarse libremente; sin embargo, si en ejercicio de esa libertad el ciudadano lesiona otras esferas jurídicas correspondientes a terceros, entonces el Derecho penal se activa y hará recaer una sanción por esa extralimitación.

4. La imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva

Es necesario, antes de ingresar al estudio de los institutos dogmáticos de la imputación objetiva, aclarar una cuestión que muchas veces no se explica y que,

⁶⁰ Otro ejemplo sumamente gráfico, propuesto por PIÑA ROCHEFORT, en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 47 s., puede ilustrar mejor lo acabado de señalar: que el Presidente de la República ingrese a una panadería no significa necesariamente que en dicho lugar se le deba tratar como tal (los demás no están jurídicamente obligados a hacerlo), esto es, como la máxima autoridad pública, aun cuando los presentes sepan muy bien que ostenta dicho cargo. Pues en dicho contexto de interacción el Presidente no ejerce su rol de funcionario público, sino el de un ciudadano común. Como lo explica el citado autor: “Mientras el sistema no actualice y reconozca como válido ese rol, el señor Presidente deberá hacer fila como cualquier ciudadano y no será acreedor de ningún trato preferente” (p. 48).

⁶¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima*, p. 277.

⁶² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 284: “El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad”.

⁶³ Cfr. desde la perspectiva de los deberes institucionales, JAKOBS, PG, 29/58; también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 38, 40 ss. y *passim*.

por lo mismo, queda en el terreno del desconocimiento y de la arbitrariedad en la praxis fiscal y jurisdiccional. El juicio de imputación penal, si lo que se pretende es que plantee soluciones coherentes en el ejercicio práctico del Derecho penal, requiere necesariamente de un orden metodológico que guíe el análisis del operador jurídico⁶⁴.

Este orden en el análisis responde particularmente al significado social que, para el Derecho penal, debe tener toda conducta sometida a su ámbito de enjuiciamiento al superar los límites de lo jurídicamente tolerado. De este modo, si tras un examen objetivo (de imputación objetiva) se concluye que un determinado comportamiento no ha quebrantado el rol social del sujeto actuante y, por ende, no ha excedido el límite de su ámbito de competencias, es totalmente irrelevante e innecesario indagar o dilucidar el aspecto subjetivo de quien realizó dicho comportamiento⁶⁵.

Dicho en otras palabras: carece de sentido preguntarse si una persona actuó con dolo o culpa, si es que, de antemano, su conducta se encontraba jurídicamente permitida, esto es, si no excedió los límites de lo penalmente tolerado. Sostener lo contrario, esto es, un juicio inverso en el que se analiza primero el aspecto subjetivo del sujeto y luego, recién, si el hecho está prohibido por el tipo objetivo, nos llevaría a soluciones socialmente contraproducentes y absurdas.

Por ejemplo, tendría que reprimirse penalmente al médico que realiza una intervención quirúrgica con estricto apego a la *lex artis* médica, pero deseando la muerte de su paciente gravemente enfermo que, en efecto, termina falleciendo tras la operación pese al proceder técnicamente correcto del galeno. Pero no sólo eso; si se es consecuente con este orden metodológico, y se antepone el análisis subjetivo al objetivo, enfocándose inicialmente en los viles anhelos o propósitos subjetivos del médico, una solución consecuente con dicho orden metodológico llevaría a castigar penalmente al médico de este ejemplo por el delito de homicidio en grado de tentativa si el paciente, por esos azares de ciencia médica, sobrevive a la operación quirúrgica.

Y es que esta conclusión se deriva lógicamente de un esquema de imputación inverso en el que lo subjetivo se antepone a lo objetivo: el médico, al reunir

⁶⁴ Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, p. 113.

⁶⁵ Por ello, y con evidente razón, JAKOBS sostuvo hace ya varios años: “Una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena”, cfr. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en IDEM, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid 1997, p. 302.

mentalmente los elementos del dolo (tradicionalmente: conocimiento y voluntad), ya estaría superando los límites jurídicamente tolerados.

A la misma conclusión habría que llegar en el caso del boxeador que, con ánimo homicida, pero actuando dentro de los límites reglamentarios, ataca a su contrincante⁶⁶. Y, también en el caso del funcionario público que, con el propósito subjetivo de obtener algún provecho económico, sostiene conversaciones o aproximaciones legalmente permitidos con un particular en torno a un proceso de contratación estatal^{67 68}.

De acuerdo a lo expuesto, ha de quedar claro que el orden de análisis socialmente más congruente es abordar en primer lugar la tipicidad objetiva y, una vez superada esta fase de la imputación, proseguir con el análisis de la tipicidad subjetiva⁶⁹. De este modo, la imputación penal debe empezar por dilucidar si una determinada conducta no se encuentra en un ámbito de permisión jurídico-social; sólo después de que se afirme, de la mano de los criterios de imputación objetiva, que la conducta ha excedido los márgenes de lo socialmente tolerado, recién se podrá abordar la imputación subjetiva. Se puede graficar lo dicho del siguiente modo:

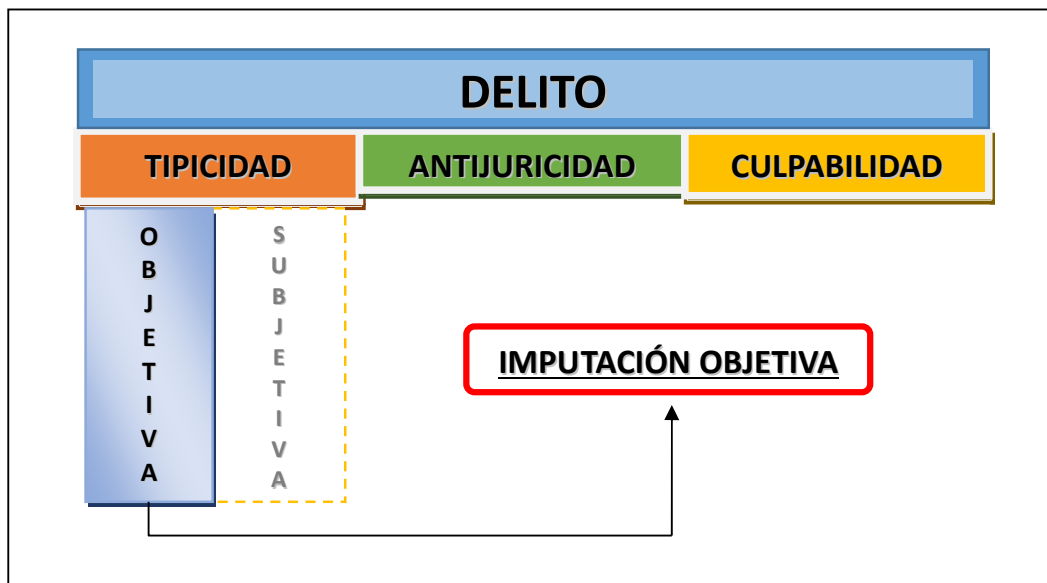
⁶⁶ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª edición, Themis, Bogotá 1996, pp. 95 s.

⁶⁷ Vid. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª edición, Grijley, Lima 2007, p. 413: “Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones o concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento”. Al respecto, cabe traer a colación la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, que más allá de su déficit aplicativo, dibuja la frontera entre los actos de gestión permitidos (orientados a influir en una decisión pública) y los pactos confabulatorios o clandestinos. Por ende, la concertación típica propia de la colusión sólo puede realizarse al margen de lo jurídicamente permitido.

⁶⁸ Vid. estos y otros ejemplos en: CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 114 ss.; MEDINA FRISANCHO, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal. Una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 137 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 95 s.

⁶⁹ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 113 s.

Gráfico 1



Las situaciones ejemplificativas señaladas dan cuenta, de forma meridiana, del orden metodológico adecuado desde una perspectiva social: empezar por el examen de tipicidad objetiva, el cual sólo puede configurarse si se constata *objetivamente* la defraudación de las expectativas de conducta asociadas al rol social; o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber derivado del ámbito de competencias del sujeto, creando de este modo un riesgo penalmente prohibido.

De esta forma, por lo demás, se garantiza que el Estado, a través del Derecho penal, no invada la esfera más íntima del ciudadano y no intervenga ante meras representaciones o deseos, más allá de que éstos puedan ser catalogados como malintencionados, viles o perversos. Si bien desde un punto de vista moral pueden ser censurables, en modo alguno pueden serlo desde un punto de vista jurídico⁷⁰.

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país se ha pronunciado en este sentido, siguiendo sustancialmente esta misma línea argumentativa:

“(…) que, por otro lado, en cuanto a la tendencia psicológica del encausado a evadir su responsabilidad penal, ésta deviene en irrelevante por haberse probado que el hecho objetivamente carece de relevancia penal, por lo que la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada,

⁷⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998, pp. 83 s.; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7, 2006, p. 247.

por lo que la absolución dictada a su favor se encuentra acorde a Ley [sic]...”⁷¹.

Así las cosas, se muestra patente que al Derecho penal sólo le interesa analizar el aspecto subjetivo, es decir, atribuir algún sentido al conocimiento en aquellos casos en que la conducta supere en un plano objetivo –es decir, con prescindencia del posible conocimiento del agente– el riesgo permitido –sobre el que se ahonda más adelante–. En otras palabras, cuando el hecho enjuiciado tenga un significado social contrario a las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente, en cuyo caso ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o culpa⁷².

En la línea expuesta, por lo tanto, siguiendo con los ejemplos arriba señalados, sólo cabe analizar si el médico actuó con dolo o culpa, cuando previamente se hubiese determinado que la operación quirúrgica no se llevó a cabo acatando las reglas técnicas de su profesión (*lex artis*); o que el boxeador infringió los límites reglamentarios aceptados en este deporte; o que los acercamientos entre el funcionario público y el particular se han llevado a cabo de forma clandestina, para devenir en una concertación típica del delito de colusión.

Por consiguiente, el orden metodológico señalado resulta ser el más adecuado y socialmente más consecuente para la relación armónica que debe existir entre Derecho penal y sociedad⁷³. En síntesis, una conducta social reconocida y tolerada no admite preguntas ni intervenciones sobre el fuero interno de la persona. Por estas consideraciones, el tipo objetivo es el objeto de referencia del tipo subjetivo⁷⁴.

⁷¹ Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria de fecha 22 de octubre de 2010, Recurso de Nulidad N° 3893-2009, Amazonas.

⁷² Cfr. en lo que sigue, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 115 s.; MEDINA FRISANCHO, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 137 ss.

⁷³ A este respecto, JAKOBS se refiere a la “dependencia recíproca”, en virtud de la cual “cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales (...) del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles”. Vid. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid 1996, pp. 22 s.

⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 93: “Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo”.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

1. El causalismo tiene una esencia naturalística pues para determinar la relevancia penal de un comportamiento recurre a un elemento prejurídico o extrapenal (ajeno a las ciencias penales) como es la causalidad meramente fáctica, basada en las leyes de las ciencias naturales.
2. Producto de esta concepción causalista es la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual cada una de las condiciones que contribuyen a la producción de un resultado debe ser considerada una causa, sin que ninguno de ellas tenga un valor superior al de los demás, sino que, por el contrario, todos tienen un *valor equivalente*, pues todos conjuntamente posibilitaron su producción.
3. Dada la enorme amplitud de esta teoría, se planteó un correctivo, la fórmula denominada *conditio sine qua non*, en virtud de la cual un suceso es causa de un resultado si, siendo suprimido mentalmente, el mencionado resultado desaparece. Sin embargo, esta fórmula no ofrece soluciones plausibles, entre otros, en los casos en que se desconoce el nexo causal entre acción y resultado.
4. Es innegable la importancia de los aportes del finalismo, sin embargo, su planteamiento central (la acción final) no logró superar las críticas dirigidas al causalismo, pues al introducir en su esquema un elemento de corte subjetivo y psicológico como la voluntad, no corrigió los defectos de una imputación excesiva, sino que, por el contrario, amplió innecesariamente el círculo de posibles responsables.
5. El pensamiento naturalista descrito anteriormente y su limitada forma de ver las cosas ha venido perdiendo fuerza desde las primeras décadas del siglo pasado y actualmente es posible afirmar que ya ha sido superada para dar lugar a una dogmática de signo normativista.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

6. Desde una perspectiva normativista, no hay cabida para criterios fundamentados en la causalidad y las leyes de las ciencias naturales, por lo que resulta ajeno a la ciencia jurídico-penal dar primacía a un simple movimiento corporal que produce causalmente un resultado¹. Por el contrario, se trata de determinar si un comportamiento puede ser imputado o no a una persona como su obra por ser normativamente competente del hecho.
7. La imputación objetiva no es sino el producto de la normativización de la teoría del tipo y constituye una herramienta dogmática que permite definir cuándo un comportamiento se encuentra dentro de un espacio jurídicamente admitido y cuándo es, por el contrario, socialmente perturbador.
8. La imputación objetiva parte de la premisa básica de que cada ciudadano tiene asignada una esfera autónoma de organización que está obligado a administrar de manera adecuada, sin usurpar ni lesionar esferas jurídicas ajenas. Está llamada a determinar si un suceso que ha lesionado algún bien jurídico puede ser atribuido normativamente a una persona como una conducta típica, como consecuencia de la infracción de algún deber jurídico-penalmente relevante que lo convierta en competente respecto al hecho.
9. Cuando se afirma que una persona ha excedido su ámbito de organización (es decir, su rol social) y ha invado otro ajeno, esto significa que ha violado algún deber jurídico, con lo cual se torna penalmente competente y, por ende, responsable de la conculcación del bien jurídico.
10. El rol social configura un ámbito de organización que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular de dicho ámbito, qué es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer, definiendo así las expectativas sociales de comportamiento. La imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición



RESUMEN DE LA UNIDAD I

11. El principio de autorresponsabilidad comporta, como punto de partida implícito del ordenamiento jurídico, que toda persona ha de responder únicamente por sus propios actos. Está referido a la libertad jurídicamente reconocida para optar y tomar decisiones autónomas en un marco de desarrollo individual, sin más limitaciones que las que imponen el respeto a los derechos de las demás personas y el propio orden jurídico. El principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la atribución de una esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable.
12. Existe un orden metodológico en el juicio de imputación penal: carece de sentido preguntarse si una persona actuó con dolo o culpa, si es que, de antemano, su conducta se encontraba jurídico-socialmente permitida, esto es, si no excedió los límites de lo penalmente tolerado. Por lo tanto, lo socialmente más congruente es abordar en primer lugar la tipicidad objetiva y, una vez superada esta fase de la imputación, proseguir con el análisis de la tipicidad subjetiva.



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Polaino-Orts- Que es la imputación objetiva
- 2) Jakobs – Parte General-Imputación objetiva
- 3) Reyes Alvarado – Imputación objetiva

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD II

INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (I)

PRESENTACION

En este apartado se aborda, ya de forma más específica, los institutos dogmáticos más generales dentro de la estructura de esta teoría: el riesgo permitido y el principio de confianza. Aunque algún sector de la doctrina propone integrarlos en un solo criterio normativo general (riesgo permitido, que comprende los supuestos de autorización de conducta en virtud de la confianza), se les desarrolla aquí de forma separada e individualizada, pues así se comprende mejor sus efectos dogmáticos y se explota de mejor manera su capacidad de rendimiento.

Esta Unidad desarrolla consideraciones conceptuales de cada institución, así como los fundamentos sobre los que descansa cada una de ellas. Se hace asimismo especial referencia a los límites de aplicación de estos criterios, pues los mismos son cuestiones inherentes a cualquier institución dogmática que pretende tener aplicación práctica real y efectiva.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los institutos dogmáticos de la imputación objetiva y cuál es su función dogmática?
2. ¿Cómo se determinan los límites del riesgo permitido? Señale una de las clasificaciones empleadas para tal efecto.
3. ¿En qué consiste el recurso al criterio del “hombre prudente” y cuál es su principal defecto o limitación?
4. Para la determinación del riesgo permitido, ¿es relevante lo que pudo haber hecho el sujeto para evitar el resultado lesivo o lo que debió haber hecho para impedirlo en la situación concreta?
5. ¿Qué es la confianza en sentido normativo y qué la diferencia de una confianza en sentido fáctico o psicológico?
6. ¿Cómo opera el principio de confianza en el reparto funcional de tareas en la sociedad actual? ¿Qué beneficios trae para el desarrollo de actividades cotidianas?
7. ¿Se puede confiar siempre en que los demás actuarán correctamente? De ser negativa la respuesta, ¿en qué casos no está permitido confiar?

INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (I)

Como ya se ha expuesto, la delimitación de esferas de responsabilidad se desarrolla en un plano objetivo, lo que significa que se basa en un esquema normativo que fija como punto de partida la relevancia jurídico-penal del comportamiento en función de la posición que ocupa la persona en el mundo social, con prescindencia del aspecto subjetivo o psíquico del actuante.

Para la materialización de esta esencial pero también compleja tarea que tienen ante sí los fiscales, jueces y abogados en el sistema de justicia penal, la moderna dogmática ha perfilado ciertas instituciones jurídico-penales que permiten llevar a la práctica la imputación objetiva. Tales instituciones son: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la imputación a la víctima. Este orden no es meramente aleatorio ni arbitrario, sino que responde a una ordenación sistemática que la ciencia penal ha ido depurando a lo largo de la evolución de esta teoría, a fin de definir palmariamente sus contornos y ámbito de aplicación práctica.

En efecto, estas instituciones conforman un verdadero sistema caracterizado fundamentalmente por dos rasgos inherentes a la construcción dogmática en sí misma⁷⁵:

- Por *una* parte, no han de ser comprendidos de forma aislada o asistemática, sino como partes de un esquema general de imputación que permite afirmar la tipicidad de una determinada conducta.
- Por *otra* parte, en consecuencia, han de ser apreciados como escalones sucesivos de análisis que se hallan ordenados, no de forma arbitraria o aleatoria, sino progresiva y sistemáticamente; más exactamente, establecidas de modo secuencial en una clasificación que se inicia a partir de lo más genérico hasta llegar a lo más específico.

Como corolario de esta caracterización, resulta evidente que a medida que se descende en la especificidad de cada institución dogmática, se van introduciendo paulatinamente cada vez más datos pertenecientes al contexto que rodea el comportamiento concreto analizado.

⁷⁵ Cfr. en lo que sigue, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en PEÑA CABRERA FREYRE/MONTES FLORES/SÁNCHEZ MERCADO (coord.), *Libro Homenaje al profesor Peña Cabrera*, I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 146.

Habida cuenta que la función dogmática de cada una de estas instituciones es la de establecer el carácter defraudatorio de expectativas normativas –y con ello la tipicidad de la conducta–, si es que al final del análisis sistemático a realizarse de la mano de los criterios normativos en mención ninguno de ellos encuentra cabida, deberá afirmarse finalmente la tipicidad del comportamiento enjuiciado. Esto resulta congruente con los fines que persigue el propio Derecho penal, pues no cabe duda de que los principios de la imputación objetiva surgen de la finalidad de garantizar expectativas normativas de comportamiento⁷⁶.

1. Riesgo permitido

a) Concepto y fundamento

El riesgo permitido es considerado, en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva, como un instituto dogmático liberador de la responsabilidad penal, que permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo⁷⁷. En atención a ello, la importancia de esta categoría dogmática ha venido siendo sostenida, desde diversas perspectivas y con algunos matices, como medular para la teoría de la imputación objetiva⁷⁸, aunque ciertamente no ha estado exenta de críticas o cuestionamientos⁷⁹.

⁷⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 266.

⁷⁷ Aunque, dada la compleja evolución dogmática de la que ha sido objeto, su ubicación sistemática ha sido muy variable; su desarrollo ha tenido lugar no sólo en sede de tipicidad, sino también a nivel de antijuricidad e inclusive en la culpabilidad. Cfr. al respecto, MARAVER GÓMEZ, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 214 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 100 ss.

⁷⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 26 ss., 41 ss.; ÍDEM, “La imputación objetiva”, en *Estudios*, pp. 213 ss.; ÍDEM, *PG*, 7/35 ss., 7/39 ss.; ROXIN, *PG*, 11/39, 11/45 ss.; ÍDEM, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal”, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), Edit. Reus, Madrid, 1976, pp. 130 ss.; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/de la Gándara Vallejo/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995, pp. 95 ss., considerándola fundamental para la existencia de una conducta típica.

⁷⁹ Así, por ejemplo, MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho penal* (trad. Sancinetti), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 11 ss., 14 ss., cuestiona al riesgo permitido como categoría autónoma excluyente de la tipicidad o antijuricidad, pues en su opinión se trataría de un concepto formal que “se agota en la referencia al carácter de “estar permitidas” de determinadas acciones riesgosas” (pp. 13-14). No obstante su alegada carencia de contenido material, el autor prefiere no renunciar a la figura dada la función sistemática que cumple al agrupar supuestos de conductas peligrosas en los que se excluye (únicamente) el disvalor de acción.

No cabe duda de que la sociedad actual es una sociedad de riesgos. Aunque el riesgo ha estado siempre presente a lo largo del desarrollo de la humanidad, los modernos avances tecnológicos y científicos han incrementado los focos de riesgo para la vida en sociedad (el avance del internet y el consiguiente riesgo de ataques cibernéticos, las complejas y grandes maquinarias de construcción, la industria minera o petrolera que generan riesgos de contaminación, el incesante avance de la ciencia médica, etc.).

Pero incluso actividades cotidianas y aparentemente inocuas implican cierto grado de riesgo para las personas (v. gr. Pasar cerca de una construcción de la cual puede desprenderse un ladrillo u otro objeto contundente; caminar por el paso peatonal de la calzada, ya que puede ser atropellado por un conductor desatento; jugar al fútbol, ya sea amateur o profesional; montar bicicleta; tomar un avión; o un simple apretón de manos con el que puede contagiarse alguna enfermedad).

La sociedad, a medida que va evolucionando, es claramente consciente de estos riesgos, pero, aunque resulte paradójico, también empieza a reconocerlos y aceptarlos en la medida que reportan alguna utilidad para el desarrollo cotidiano de sus vidas. Esto significa que la sociedad se va familiarizando con estos riesgos, por lo que, al tolerarlos, la sociedad también reconoce al ciudadano cierta capacidad de gestión de esos riesgos⁸⁰.

Apreciado así el panorama, el fundamento del riesgo permitido reside en los riesgos ínsitos en toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible y que, sin embargo, no por tal razón se plantea siquiera la posibilidad de renunciar a la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual⁸¹. En efecto, sería impensable hoy en día renunciar al uso de vehículos o aviones para transportarnos, así como de grandes grúas para la construcción de edificios, a determinados dispositivos informáticos o a internet.

Por esta razón, como se ha indicado, la sociedad no tiene más remedio que aceptar la realización cotidiana de estas actividades riesgosas, pero con la condición de que se gestione el riesgo implícito de forma adecuada a fin de reducir al máximo o neutralizarlo. Para este propósito, deposita en el ciudadano la confianza para gestionar y controlar los focos de riesgo bajo su competencia. En suma, “no toda

⁸⁰ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, p. 121.

⁸¹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 41 s.

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*”⁸².

Sobre el particular, la judicatura nacional ha sostenido lo siguiente:

“En la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo, si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo, esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el riesgo no permitido, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol”⁸³.

b) Permisi3n de conductas riesgosas y superaci3n del riesgo permitido

Expuestas ya las bases te3ricas del riesgo permitido, la pregunta que cae de madura es d3nde radica la l3nea que divide el riesgo jur3dicamente tolerado del prohibido. De entrada, debe sealarse que no existe una f3rmula matemática ni exacta para definir tal l3mite. Y es que es la propia sociedad la que delimita el grado de permisividad, en funci3n de lo que espera de los ciudadanos en los distintos contextos sociales de interacci3n de la vida cotidiana (expectativas de conducta).

El riesgo permitido se encuentra configurado por las normas que rigen dichos contextos de interacci3n y pueden tener un contenido tanto penal como extrapenal. En este 3ltimo caso, las normas extrapenales tienen una funci3n indicativa destinada a precisar el l3mite entre lo permitido y prohibido, pero nunca la funci3n de creaci3n de los riesgos penalmente prohibidos. Es decir, la infracci3n de las normas extrapenales no comporta automáticamente la superaci3n del riesgo penalmente permitido, sino que, todo lo m3s, podr3n ser un criterio indicativo que

⁸² BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte General*, p. 265.

⁸³ Resoluci3n de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Exp. N° 1219-04, de fecha 1 de setiembre de 2006, considerando quinto.

permita dibujar tales límites⁸⁴. Por imperio del principio de legalidad, es evidente que sólo mediante una ley penal pueden ser creados los tipos y sanciones penales respectivas⁸⁵.

Así, es posible que una conducta, aun cuando cumpla estrictamente una determinada reglamentación, genere un riesgo jurídicamente desaprobado, como, por ejemplo, cuando un sujeto que conduce su vehículo dentro de los límites de velocidad permitidos, no hace nada para evitar atropellar a un peatón que cruzaba la pista en estado de ebriedad. Si bien el conductor podría alegar que respetó los límites reglamentarios de tránsito, que contaba con licencia de conducir vigente, que se encontraba completamente lúcido y que inclusive manejaba por una vía prioritaria o preferente, habrá creado un riesgo penalmente desaprobado pues su deber no se agotaba con el solo cumplimiento formal de las normas de tráfico, sino con la evitación de un resultado lesivo a un bien jurídico ajeno, lo que, por lo demás, le era perfectamente posible realizando una maniobra evasiva o simplemente frenando⁸⁶.

Del mismo modo, habrá casos en que, aun sin cumplirse estrictamente las normas reglamentarias o extrapenales, no se supere el riesgo penalmente permitido. Por ejemplo, el empresario que no cumple estrictamente con todas y cada una de las medidas de prevención y seguridad laboral respecto de sus trabajadores, pero sí adopta otras medidas alternativas que, sin estar expresamente reguladas, en la situación concreta, podían compensar la finalidad de salvaguardar la integridad de los trabajadores.

Puesto que el riesgo permitido está definido por normas, no constituye un concepto unitario ni inmutable, aplicable de forma general para toda la sociedad. Por el contrario, el riesgo permitido cobra sentido en función de segmentos parciales del mundo social, esto es, en un concreto contexto de interacción. Por lo mismo, el juicio de desaprobación en base a la superación del riesgo permitido no es idéntico para todas las sociedades, sino que dependerá de la forma en que cada sociedad se encuentre organizada.

Por esta razón, una misma conducta puede ser rechazada socialmente en un país y tolerada en otro. Ejemplos conocidos son la permisividad en algunos países

⁸⁴ JAKOBS, PG, 7/44.

⁸⁵ CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, p. 54.

⁸⁶ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 117 s.

europeos respecto del consumo de ciertas drogas o sustancias, que en nuestro país están prohibidos.

En una primera clasificación, las normas que permiten delinear los contornos del riesgo permitido y dibujar la línea divisoria con el riesgo (penalmente) prohibido, pueden reunirse en cuatro grupos⁸⁷:

- En primer lugar, se encuentra el Código Penal, como *corpus* normativo general que contempla las infracciones más graves del ordenamiento jurídico y cuya configuración da cuenta de un riesgo socialmente inaceptable.
- En segundo lugar, las normas especiales, a las que se recurre mediante una remisión extrapenal, por lo general como necesidad derivada del uso de leyes penales en blanco. Por ejemplo: leyes y reglamentos medioambientales, el Código Tributario y normas conexas, las normas de tránsito, los reglamentos de organización y funciones de las diversas entidades públicas que delimitan con más o menos precisión los ámbitos de competencia funcional de los empleados públicos, etc.
- En tercer lugar, las normas de la *lex artis*, que no son sino las reglas técnicas que regulan determinados ámbitos profesionales; se materializan por lo general en protocolos, códigos y estándares deontológicos, entre otros.
- En cuarto lugar, las *normas del estándar de conducta*, derivadas de la práctica reiterada y permanente de determinados oficios o actividades, y cuya realización cotidiana va dibujando ámbitos de competencia. Ejemplo: el oficio del taxista, albañil, panadero, niñera, vigilante, etc.

En otro orden de categorización, pero con similar contenido, la doctrina penal también incluye dentro del rótulo de riesgo permitido a dos bloques de supuestos⁸⁸:

- Casos en que una determinada actividad riesgosa es jurídico-penalmente permitida en atención a ciertas circunstancias, tanto en virtud de una positivización o reglamentación expresa (como sucede en el tráfico viario,

⁸⁷ Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 55 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 215 ss., 226 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 117 ss.

⁸⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 99 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 117 ss., 121 ss.

el ámbito industrial, competiciones deportivas, juegos autorizados de apuestas, etc.), como en ausencia de dicha reglamentación (los clásicos deberes de cuidado traducidos en la *lex artis*, por ejemplo, en la práctica médica).

- Aquellas conductas que, aunque generadoras de riesgos, se hallan caracterizadas por su evidente normalidad social, constituyendo, por ende, conductas con insignificancia jurídico-social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior (como el doctrinalmente conocido caso del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta o que le aconseja viajar en un avión en el que luego perece tras un accidente aéreo)⁸⁹.

La determinación de los alcances del riesgo permitido es una tarea bastante complicada en ámbitos no positivizados o reglamentados en los que sus contornos se muestran, sin duda, mucho más laxos o difusos que en otros ámbitos. No obstante, la legitimación de los riesgos inmanentes a algunas actividades sociales viene dada en virtud de las valoraciones y características que definen a una sociedad concreta en un determinado contexto histórico.

Esto es lo que se ha dado por denominar como *riesgo permitido por legitimación histórica*⁹⁰, el cual se manifiesta en contactos sociales tan cotidianos como el tráfico rodado, fiestas tradicionales populares, medidas de seguridad en el trabajo, etc.; o tan necesarios como la práctica médica y las relaciones económicas. Todas ellas tienen el común denominador de hallarse toleradas por ser inherentes a la propia evolución e identidad sociales.

Esto quiere decir que es la sociedad la que se encarga de reconocer progresivamente tales riesgos como estereotipados en un determinado contexto normal de interacción. Vale decir, la sociedad, como consecuencia del constante desarrollo evolutivo del que inexorablemente es objeto, es la que decide configurarse a sí misma, estableciendo la identidad y legitimación de cada ámbito social parcial⁹¹.

⁸⁹ Retomando el clásico ejemplo propuesto originariamente por WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. Cerezo Mir), reimpresión, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2002, p. 86, en su formulación dogmática sobre el criterio de adecuación social.

⁹⁰ Planteada en estos términos por JAKOBS, PG, 7/36: “Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente (...), y por ello se aceptan como socialmente adecuadas”. Elemental a este respecto es el trabajo de MARAVER GÓMEZ, en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 209 ss.

⁹¹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 44 s.; BACIGALUPO, PG, p. 267.

Por ello el Derecho penal no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad ni a los riesgos que definen su propia configuración; por el contrario, ha de garantizar esta identidad normativa si pretende que las expectativas que se generen tengan lugar en un contexto de armonía entre Derecho y sociedad, y no de desorden o coerción⁹². Así pues, detrás de la permisión de un riesgo se encuentra el reconocimiento *jurídico-social* del comportamiento que lo produce.

En ese sentido, aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará un “riesgo jurídicamente relevante”⁹³, “jurídicamente desaprobado”⁹⁴ o “típicamente relevante”⁹⁵. De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado no tanto por el Derecho, sino por la propia configuración de la sociedad⁹⁶, en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman.

c) Análisis de la situación concreta como requisito indispensable para la determinación del riesgo no permitido

En este contexto, cabe poner de relieve la forma cómo atribuir una conducta que comporta un riesgo jurídicamente desaprobado. En tal sentido, para determinar si un riesgo está jurídicamente desaprobado no es decisivo lo que el sujeto *pudo* hacer para evitar el resultado, sino aquello que *debió* haber hecho para impedirlo. Es decir, como ya se expuso anteriormente, lo que importa es determinar si hay un deber jurídico, derivado del rol social del sujeto, que ha sido infringido⁹⁷.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la infracción de una norma reglamentaria o extrapenal no es suficiente para emitir un juicio de desaprobación jurídico-penal (riesgo penalmente prohibido), por lo que, para poder arribar a esta conclusión, debe partirse de la norma extrapenal (la violación de normas de cuidado escritas o

⁹² JAKOBS, “Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, en *RPDJP* N° 1, 2000, p. 129: “Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes. En tal Derecho penal la configuración externa... se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo –que ya no se corresponde más con la Sociedad–...”.

⁹³ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, § 28 IV. 1.

⁹⁴ Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 106 ss.

⁹⁵ Que es la expresión por la que opta MIR PUIG, *PG*, p. 257, a fin de evitar confusiones con aquellas permisiones que provienen de las causas de justificación.

⁹⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 45.

⁹⁷ Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 116 s.

no escritas) como criterio indicador y efectuar un análisis de la conducta concreta en el contexto específico en que tiene lugar.

Y esto es, nuevamente, lo socialmente más coherente, pues la determinación del riesgo penalmente desaprobado no se define apreciando simplemente una actividad catalogada como riesgosa de forma general y cómo debería comportarse una persona en circunstancias ideales. Con esto nos referimos a la fórmula del “hombre prudente” planteada por el causalismo, según la cual un riesgo se encuentra penalmente prohibido si ese estándar general del “hombre prudente” se habría comportado de forma distinta a como lo hizo el autor en el caso concreto.

Desde luego, la pregunta obvia que uno se hace es: ¿Cómo actúa un “hombre prudente”? ¿Cuál es la conducta exigible a ese “hombre prudente”? Se trata de interrogantes que no han podido ser absueltos de forma solvente hasta la fecha, dejando por lo tanto un amplio margen de incertidumbre y arbitrariedad en su definición.

Es claro que no todas las personas actuamos o reaccionamos del mismo modo en circunstancias similares. Por tal razón, para la determinación del riesgo prohibido no es necesario dilucidar –en el ejemplo del tráfico viario– cómo debería comportarse un conductor ejemplar en circunstancias ideales, sino *cómo debió haber procedido en la situación específica en la que se encontraba al momento de producir la actividad riesgosa*. Por lo tanto, no debe tratar de contrastarse la actuación del sujeto en el caso concreto con la de una figura ideal de hombre, sino que debe atenderse a cada elemento que configura el contexto que rodea el comportamiento concretamente analizado: si se trata de un conductor experimentado o muy joven, si la pista estaba mojada o no, si las condiciones climáticas fueron adversas, etc.; o si el médico contaba con personal de apoyo suficiente, si el hospital le ofrecía los implementos o dispositivos mínimamente adecuados, etc.

Definido claramente la situación que, en concreto, tuvo que afrontar el sujeto, el análisis del riesgo permitido debe efectuarse en función a qué le es exigible a los ciudadanos en las mismas circunstancias que tuvo que afrontar el autor (estandarización de la situación concreta).

2. El principio de confianza

a) Consideraciones conceptuales

En tanto ser social, la persona se interrelaciona en sociedad siempre sobre la base de un mínimo de confianza. Ésta, por consiguiente, resulta necesaria para la interrelación social de las personas y, si el Derecho penal pretende facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, resulta congruente erigirla como un eje normativo en el sistema de imputación. El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos⁹⁸. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa, pero desde luego lícita, les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico⁹⁹; o, planteado en sentido inverso, se permite ignorar que, a pesar de la experiencia general de la vida, existen conductas contrarias a las expectativas sociales de comportamiento¹⁰⁰.

Hoy en día, la persona se interrelaciona en sociedad siempre sobre la base de un mínimo de confianza. Ninguna empresa celebraría un contrato con un proveedor, ningún médico ordenaría a una enfermera la administración al paciente de un medicamento o nadie siquiera solicitaría los servicios de un taxi si no tuviera un mínimo grado de confianza en que el contacto social tendrá los efectos esperados. Por consiguiente, la confianza resulta necesaria para la interrelación social de las personas y el Derecho penal, en tanto reflejo de la sociedad, no es ajeno a esta evidente constatación¹⁰¹.

Precisamente el Derecho penal en una sociedad de libertades y en un Estado que las protege, ha de facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, por lo que es congruente situar a la confianza como un eje normativo en el sistema de imputación. Por tanto, el ordenamiento jurídico parte de la premisa ideal de que las personas que conviven en la sociedad respetarán la norma como modelo rector de los contactos sociales, aun cuando fácticamente o en un plano meramente cognitivo los ciudadanos se rijan por un principio de

⁹⁸ JAKOBS, PG, 7/51; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 371 ss.

⁹⁹ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 104; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 280 ss.: “en un Estado de Derecho no impera el principio de desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales sino todo lo contrario: se parte como principio de que los otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales...”.

¹⁰⁰ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 143.

¹⁰¹ Cfr. POLAINO-ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, cit., pp. 113 s.

desconfianza. Se debe partir, por tanto, del principio de que los demás actuarán dentro de los márgenes de su rol¹⁰².

Por ello no es la confianza en sentido coloquial, psicológico o sentimental la que se manifiesta en la teoría de la imputación, sino la confianza de carácter *social*, esto es, aquella que posibilita los contactos sociales: el ciudadano racional, fiel al ordenamiento jurídico confiará en que los demás se comporten del mismo modo, es decir, cumpliendo las expectativas sociales que les atañen y respetando a los demás como personas¹⁰³. El ejemplo clásico viene dado en el ámbito del tráfico viario¹⁰⁴ –donde inicialmente surgió este criterio–, cuando el conductor que atraviesa un cruce en luz verde, confía en que los conductores de la vía perpendicular se detendrán ante la señal de *stop*. Se trata, por consiguiente, de una confianza en sentido *normativo*, en tanto comporta una permisión jurídica para confiar en terceros¹⁰⁵.

Sobre la ubicación sistemática de este principio en el marco de la teoría de la imputación objetiva no existe unanimidad doctrinaria. A este respecto, es posible advertir cuando menos tres posiciones:

- La *primera* defiende, si bien en ocasiones de un modo relativo, la autonomía sistemática del principio, de modo tal que se le asigna una ubicación propia en el sistema de imputación¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., pp. 280 ss.

¹⁰³ POLAINO-ORTS, “La imputación objetiva”, p. 57.

¹⁰⁴ Sobre el principio de confianza en este ámbito: ROXIN, *PG*, 24/21 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 151 ss.

¹⁰⁵ Así, expresamente, JAKOBS, *PG*, 7/51.

¹⁰⁶ Si se indica que esta postura tiene un carácter “relativo” es en razón de que en no pocas ocasiones se concibe en parte al principio de confianza como una derivación o especie del riesgo permitido. Así, por ejemplo, JAKOBS, *PG*, 7/51, lo entiende como un “supuesto particular” no sólo del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso; también, en ese sentido, STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. de la 4ª ed. a cargo de Cancio Meliá y Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 15/65 ss. Por su parte, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 293 ss., 298 ss. y 329 ss., opta más decididamente por conceder autonomía al principio de confianza en relación a los demás institutos de la imputación objetiva, en razón, principalmente, de su diverso fundamento; sin embargo, también lo considera como un criterio para “determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas”. Y entre nosotros, según lo entiendo, GARCÍA CAVERO, *PG*, p. 370, parece decantarse por esta línea al resaltar una diferencia de especificidad entre el principio de confianza y el riesgo permitido: “Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas”.

- La *segunda* le niega tal autonomía y lo concibe como un criterio dogmático de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo¹⁰⁷.
- Finalmente, la *tercera* línea de opinión, con total prescindencia de la cuestión referida a su autonomía, rechaza su naturaleza jurídica en tanto componente de una teoría general de la imputación, y la considera como un criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes¹⁰⁸.

Por lo demás, la distinción sistemática de las diversas instituciones en la teoría de la imputación objetiva constituye a mi juicio un aspecto elemental y, sobre todo, necesario para delimitar de forma palmaria no sólo sus alcances conceptuales sino también sus efectos dogmáticos para la solución de casos en la práctica.

b) El reparto de tareas en estructuras complejas

El principio de confianza juega un rol fundamental en el reparto de tareas, tanto entre personas que trabajan en un mismo nivel (división *horizontal* del trabajo) como en una relación jerarquizada (división *vertical* del trabajo). En el primer caso, por ejemplo, el principio de confianza permite el desarrollo fluido de contactos sociales entre los médicos de un equipo encargado de realizar una intervención quirúrgica, o entre las diversas secciones de una empresa que fabrica productos alimenticios. En el segundo caso, tiene especial aplicación, por ejemplo, para empresas (gerente y empleados subordinados) o instituciones públicas (ministros, viceministros, directores, personal administrativo).

Entonces, esta confianza socio-normativa que se manifiesta idealmente de forma generalizada es sobre la que se desarrolla la sociedad y, con ella, los diversos contactos entre sus miembros; por tal razón, el ámbito en que tiene aplicación el principio de confianza lo constituyen aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada o igualitaria de trabajo¹⁰⁹. Esta característica es inherente a las actividades sociales

¹⁰⁷ Así, ROXIN, *PG*, 24/22, opinión a la que califica de absolutamente dominante (*ibid.*, nota 29); de hecho, este autor estima que el principio de confianza constituye un supuesto de prohibición de regreso, y éste a su vez del riesgo permitido (vid. *ibid.*, 24/27 ss.); asimismo, en esa dirección, por nuestras latitudes, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 141 ss., 145 s., 149 s.

¹⁰⁸ Cfr. por todos, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, § 55 I. 3., quienes lo conciben como una regla de origen consuetudinario propio del ámbito del tráfico viario.

¹⁰⁹ POLAINO-ORTS, “La imputación objetiva”, p. 57. Sobre ello, con profundidad, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 303 ss., con amplias referencias.

de nuestros tiempos, en los que es ya infrecuente la intervención en solitario de un único actor.

En la sociedad de nuestros tiempos, no cabe duda de que la división horizontal de trabajo facilita que cada persona, especializada en un ámbito determinado, pueda ocuparse y concentrarse en desarrollar prolijamente la parte correspondiente a su esfera de competencias, sin necesidad de estar perdiendo tiempo y energías en controlar el desempeño de las demás personas con las que se desenvuelve. Esto es considerado un efecto socialmente positivo, pues garantiza una mayor efectividad, seguridad y calidad en el trabajo¹¹⁰.

En la división vertical de trabajo, el principio de confianza también despliega beneficios socialmente valorados como positivos. Actualmente, es más claro que nunca que las organizaciones (empresariales o públicas) tienen complejas estructuras y un entramado de áreas especializadas en diversos ámbitos propios de los fines que persigue. En virtud del principio de confianza, en el marco de estas estructuras, aquella persona que ocupa una posición jerárquicamente superior puede confiar, en principio, en que sus instrucciones serán seguidas, del mismo modo en que el subordinado puede confiar en que las órdenes que recibe son correctas o lícitas.

Los complejos contactos anónimos propios de la sociedad moderna se basan en una división funcional en la que cada interviniente tiene que desarrollar una determinada tarea, de cara a cumplir determinados fines comunes. Si el Derecho penal pretende hacer posible tales fines, no se puede exigir a cada persona que ejerza un absoluto control sobre los deberes de cada uno de sus co-intervinientes¹¹¹. Este reparto de incumbencias, entonces, es necesario para garantizar las expectativas normativas de conducta de todos los actores¹¹². Ejemplos cotidianos de ello lo representan los equipos médico-quirúrgicos que realizan complejas operaciones, grupos de técnicos encargados del mantenimiento

¹¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 304 s.

¹¹¹ Como lo expresa claramente FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 297: “Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue (...) de una forma más racional. Por tanto, el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales”.

¹¹² JAKOBS, *PG*, 7/53: “... sería imposible una división de trabajo eficaz (...), si cada uno debiera controlar todo lo controlable”.

de maquinarias pesadas o aeroplanos, la fabricación de artefactos en división de trabajo, etc.¹¹³.

Cabe resaltar que el principio de confianza no constituye –como ninguno de los criterios de la imputación objetiva– una construcción meramente teórica, sino que tiene una innegable incidencia práctica, como lo corrobora nuestra jurisprudencia:

“Para el presente caso es oportuno y aplicable el principio de confianza, que a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la autorresponsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente; esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas [sic], por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando”¹¹⁴.

En esta línea, lo más congruente desde una perspectiva social –en tanto atiende a la realidad de la división de tareas en organizaciones complejas y con compartimentos especializados– es desechar la idea de que quien se encuentra en la cúspide de la estructura o quien, en general, ocupa cargos directivos es responsable de la totalidad de las consecuencias perniciosas que pudieran tener lugar en estratos inferiores. Sería excesivo atribuirle, por ejemplo, al gerente general de una empresa o al titular de un ministerio una función tutelar omnipresente que lo obligue jurídicamente a estar pendiente de todas y cada una de las acciones específicas desarrolladas por otras instancias inferiores, pues semejante tarea no sólo no es materialmente posible, sino que terminaría asfixiando a la institución con permanentes medidas de supervisión que inexorablemente impediría alcanzar sus fines¹¹⁵.

El cumplimiento de los objetivos comunes que persigue una organización, ya sea pública o privada, se vería seriamente amenazado si los defectos de actuación de cada uno de sus miembros dependieran de o se achaquen directa y

¹¹³ Cfr. al respecto, JAKOBS, *PG*, 7/53; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 297.

¹¹⁴ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3855-2007-Lima (Ponente: Rodríguez Tineo), de fecha 15 de mayo de 2009 (considerando quinto).

¹¹⁵ Cfr. en ese sentido, desde una perspectiva más general referida a la interacción social, JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 19; también, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 153 s.

permanentemente a quien se encuentra en la cúspide de su estructura jerárquica¹¹⁶. Es evidente que las entidades colectivas de la sociedad moderna no funcionan de este modo, a riesgo de obstaculizar ostensiblemente la consecución de sus fines y de que el buen desempeño de sus altos directivos se vea entorpecido o imposibilitado por el temor de eventuales consecuencias jurídicas desfavorables.

Sería absurdo, pues, que se exigiera a los funcionarios ubicados en los estratos superiores de una organización jerárquicamente estructurada que ejerzan un absoluto, férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de otras áreas de trabajo subordinadas a las que, en clave de reparto funcional, les son delegadas ciertas funciones. De lo contrario, como ya se indicó inicialmente, no se podrían practicar operaciones quirúrgicas complejas que requieren la participación de un equipo médico; ni tampoco se podría celebrar un importante contrato inmobiliario que requiere estudios técnicos especializados delegados a profesionales subordinados o contratados¹¹⁷.

Precisamente para facilitar la ejecución de tareas inherentes a su marco de atribuciones, los altos funcionarios de las instituciones privadas o públicas pueden delegar funciones. Sin embargo, la intensidad del principio de confianza es mucho más evidente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes diferencias entre los niveles de conocimiento y preparación entre una y otra persona; es decir, a quien recibe las órdenes de una persona altamente capacitada, le está permitido confiar más en la conducta del superior (v. gr. las relaciones entre médico y enfermera, ingeniero y obrero, etc.) y, correlativamente, se amplía el deber del superior de vigilar que el subordinado proceda correctamente. En sentido contrario, cuanto mayores sean la preparación y experiencia del subordinado, menor será el deber de supervisión del superior y, consiguientemente, mayor será el alcance del principio de confianza para el superior¹¹⁸.

c) Límites del principio de confianza

Como toda institución jurídico-penal, el principio de confianza no es absoluto y, por el contrario, tiene algunos límites para su aplicación en los contactos sociales. No es posible confiar siempre en todas las situaciones, por lo que en la práctica es necesario determinar hasta dónde está permitido normativamente confiar en el

¹¹⁶ Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, cit., p. 836, quien resalta que sin el principio de confianza la labor pública sería inviable y, en el peor de los casos, estaríamos frente a una responsabilidad administrativa pero nunca de carácter penal.

¹¹⁷ Vid. JAKOBS, PG, 7/53; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 297.

¹¹⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 305.

proceder correcto de terceras personas. En consecuencia, para definir el nivel de confianza permitido no sólo debe considerarse el ámbito social específico donde se desarrolla una persona (empresa jerárquicamente organizada, un equipo de construcción civil, una entidad pública) y la posición que ocupa en dicho ámbito (jefe de planta, gerente, director, trabajador de rango medio), sino también algunos datos objetivos que influyen directamente en el carácter permitido o no de la confianza.

- El ordenamiento jurídico sólo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existan motivos objetivos y fundados para suponer lo contrario¹¹⁹. En otras palabras, por regla general no se ha de responder penalmente por la incorrección de las conductas ajenas (ya sean éstas dolosas o imprudentes; principio de autorresponsabilidad), si es que no se puede confiar en que todos cumplirán con sus respectivos deberes. La confianza normativa no depende de una, sino de al menos, dos partes; es por lo tanto bilateral, nunca unilateral: “Se confía, pues, en quien ofrece confianza”¹²⁰. Así, por ejemplo, continuando en el ámbito viario, si quien conduce hacia un cruce vial advierte que otro conductor se acerca efectuando maniobras temerarias, no está autorizado a confiar en que éste actuará adecuadamente frenando ante la luz roja¹²¹.
- Una segunda limitación del principio de confianza se refiere a la forma de proceder del propio sujeto a quien se dirige la imputación, de modo que si éste no ajusta su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza. Esta precisión resulta

¹¹⁹ La doctrina se ha referido a tales motivos como “indicios”. Cfr. ROXIN, *PG*, 24/21 ss.; STRATENWERTH, *PG*, 15/66; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 104. Por su parte, según lo afirma FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 313, estos motivos han de ser objetivos, sólidos y concluyentes, por lo que no basta con una simple intuición o presagio.

¹²⁰ POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, p. 126.

¹²¹ Al respecto, se ha planteado que no puede tener lugar un principio de confianza cuando ya ha surgido un peligro por la infracción de deberes de cuidado (como en el ejemplo viario propuesto en el texto), o cuando circunstancias especiales desaconsejan confiar y determinan una eventual lesión (v. gr. caso de menores de edad, ancianos, impedimento corporal, ebriedad, etc.), actividades de alta complejidad o peligrosidad (como en situaciones de tráfico particularmente complicadas o, paradigmáticamente, una operación quirúrgica delicada). Finalmente, se ha introducido gracias a la jurisprudencia alemana el factor de la frecuencia de infracciones viarias que hagan razonable contar con ellas. Cfr. en tal sentido, con amplias referencias, ROXIN, *PG*, 24/23; y STRATENWERTH, *PG*, 15/66. Sin embargo, me parece acertada la precisión que formula REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, p. 147 con nota 113) de que para la referida restricción del principio de confianza no basta la sola presencia de un niño, anciano o minusválido, sino que han de existir “concretos puntos de referencia que indiquen que esas u otras personas se comportarán de una manera diversa a como deberían hacerlo”, con lo cual dicho autor se muestra abiertamente contrario a un pretendido “principio de defensa” que limitaría el principio de confianza a la simple presencia, aun inactiva, de tales personas.

trascendental para comprender su verdadero significado y alcances, y no concebirlo erróneamente como una forma de permisión para que las personas sean indiferentes o actúen displicentemente confiando en el cuidado de otros. Como lo expresara ya STRATENWERTH: “Quien crea una situación oscura o peligrosa no puede abandonarse a que otros compensarán este peligro incrementando el cuidado”¹²².

Aquí se pone de manifiesto una vez más el fundamento de este criterio de imputación, que no es sino la *autorresponsabilidad*, pues cada uno es competente de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otro los neutralizará y que se hará responsable de ellos¹²³. Por ejemplo, si el jefe de un equipo de obreros que laboran en la vía pública no cumple con proporcionarles mínimas medidas de seguridad a éstos, como uniformes u otros instrumentos, infringe ya su deber de cuidado y no puede esperar que no se produzcan accidentes de trabajo o lesiones de los peatones que transitan cerca de la obra, con total independencia de si los obreros se comportan, a su vez, imprudentemente.

Finalmente, sólo cabría dejar en claro que, contrariamente a lo que se pensó en su origen de corte jurisprudencial, el principio de confianza no ve limitado su alcance dogmático al ámbito del tráfico viario. Lo expuesto en líneas anteriores ya debe haber dejado entrever que el principio de confianza despliega sus efectos en todos los contextos de interacción en que confluyen deberes de actuación de una pluralidad de personas¹²⁴.

En tal sentido, este principio conforma asimismo una garantía normativa del ciudadano que se comporta correctamente dentro de los límites de su posición social, en la medida en que no podrá atribuirse responsabilidad penal a quien confió de forma socialmente estandarizada en que los demás cumplirán la norma¹²⁵.

¹²² STRATENWERTH, *PG*, 15/69.

¹²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 310 ss.

¹²⁴ En tal sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 105. De hecho, para GARCÍA CAVERO, *PG*, p. 372, el principio de confianza frente a terceros se exige de modo especialmente determinante en las organizaciones empresariales.

¹²⁵ Como lo expresa STRATENWERTH, *PG*, 15/66, la doctrina ha convenido en aprobar la ampliación del principio de confianza “predominantemente, a todos los ámbitos de la vida social en los cuales se combinan las formas de conducta de varias personas”.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

Riesgo permitido

1. La sociedad actual es una sociedad de riesgos. Por eso, la sociedad empieza a reconocerlos en la medida que reportan alguna utilidad para el desarrollo cotidiano de sus vidas. Esto significa que la sociedad se va familiarizando con estos riesgos, por lo que, al tolerarlos, la sociedad también reconoce al ciudadano cierta capacidad de gestión de esos riesgos.
2. El fundamento del riesgo permitido reside en los riesgos ínsitos en toda interacción social, por más cotidiana o inofensiva que ésta parezca. Por ello, es acertado afirmar que una sociedad sin riesgos no es posible.}
3. No existe una fórmula matemática ni exacta para definir el límite entre el riesgo permitido y el desaprobado. Es la propia sociedad la que delimita el grado de permisividad, en función de lo que espera de los ciudadanos. El riesgo permitido se encuentra configurado por las normas que rigen los diversos contextos de interacción y pueden tener un contenido tanto penal como extrapenal.
4. El riesgo permitido cobra sentido en función de segmentos parciales del mundo social, esto es, en un concreto contexto de interacción. Por lo mismo, el juicio de desaprobación en base a la superación del riesgo permitido no es idéntico para todas las sociedades, sino que dependerá de la forma en que cada sociedad se encuentre organizada. Aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por la propia configuración social y por las ventajas que ofrecen, comportará un riesgo jurídicamente desaprobado.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

5. Para la determinación del riesgo prohibido no es necesario dilucidar cómo debería comportarse un sujeto ejemplar en circunstancias ideales, sino cómo debió haber procedido en la situación específica en la que se encontraba al momento de producir la actividad riesgosa. El análisis del riesgo permitido debe efectuarse en función a qué le es exigible a los ciudadanos en las mismas circunstancias que tuvo que afrontar el autor (estandarización de la situación concreta).

Principio de confianza

6. El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores o actuaciones defectuosas de los demás, el ordenamiento jurídico autoriza, como regla general, a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquéllos.
7. El Derecho penal en una sociedad de libertades y en un Estado que las protege, ha de facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos. Por tanto, el ordenamiento jurídico parte de la premisa ideal de que las personas que conviven en la sociedad respetarán la norma como modelo rector de los contactos sociales, aun cuando fácticamente o en un plano meramente cognitivo los ciudadanos se rijan por un principio de desconfianza.
8. El principio de confianza juega un rol fundamental en el reparto de tareas, tanto entre personas que trabajan en un mismo nivel (división horizontal del trabajo) como en una relación jerarquizada (división vertical del trabajo). La división horizontal de trabajo, en un contexto de confianza mutua, facilita que cada persona, especializada en un ámbito determinado, pueda ocuparse y concentrarse en desarrollar prolijamente la parte correspondiente a su esfera de competencias.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

9. En el reparto vertical de funciones, las personas que ocupan una posición jerárquicamente superior puede confiar, por definición, en que sus instrucciones serán seguidas, del mismo modo en que el subordinado puede confiar en que las órdenes que recibe son correctas o lícitas.
10. Los complejos contactos anónimos propios de la sociedad moderna se basan en una división funcional en la que cada interviniente tiene que desarrollar una determinada tarea, de cara a cumplir determinados fines comunes. Si el Derecho penal pretende hacer posible tales fines, no se puede exigir a cada persona que ejerza un absoluto control sobre los deberes de cada uno de sus co-intervinientes.
11. Quien recibe las órdenes de una persona altamente capacitada, le está permitido confiar más en la conducta del superior y, correlativamente, se amplía el deber del superior de vigilar que el subordinado proceda correctamente. En sentido contrario, cuanto mayores sean la preparación y experiencia del subordinado, menor será el deber de supervisión del superior y, consiguientemente, mayor será el alcance del principio de confianza para el superior.
12. Este principio admite ciertos límites. Por un lado, el ordenamiento jurídico sólo autoriza a confiar en el comportamiento socialmente correcto de los demás en la medida en que no existan motivos objetivos y fundados para suponer lo contrario. Por otro lado, si el sujeto no ajusta su comportamiento a los niveles de riesgo permitido no podrá ser amparado por el principio de confianza, pues cada uno es competente de los riesgos que genera y no puede esperar normativamente que otro los neutralizará y que se hará responsable de ellos.



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Maraver - Principio de confianza
- 2) Jakobs – Imputación objetiva

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- CASO 1

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD III

INSTITUTOS DOGMÁTICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE UN ENFOQUE NORMATIVISTA (II). ORDENACIÓN SISTEMÁTICA EN EL ESQUEMA DE IMPUTACIÓN

PRESENTACION

Esta Unidad aborda los institutos dogmáticos restantes de la imputación objetiva, que, por su ubicación en el esquema de imputación, tienen un carácter más específico que los anteriores: la prohibición de regreso (o de “retorno”) y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Esto explica, desde una perspectiva didáctica, su desarrollo separado y pormenorizado.

En la misma línea que en la anterior Unidad, se desarrolla un marco conceptual de cada una de estas figuras dogmáticas, sus fundamentos específicos así como los límites de su aplicación. En el caso de la imputación a la víctima, dado el desarrollo que ha tenido tanto en la doctrina alemana como en la jurisprudencia, se incluye algunos sub-apartados referidos a un análisis comparativo con otras formulaciones como la del profesor Claus ROXIN.

Asimismo, se incorpora en esta Unidad un sub-apartado concreto referido a la autonomía dogmática de las instituciones desarrolladas, en tanto reina en la doctrina y en la aplicación jurisprudencial cierta confusión e incertidumbre respecto al ámbito de injerencia de cada instituto y sobre la forma cómo interactúan y se aplican en casos concretos cada criterio normativo. Para ser dogmáticamente coherentes y sólidos en las argumentaciones y respuestas a casos prácticos, se debe tener claridad sobre el campo de aplicación de cada institución dogmática de la imputación objetiva, sobre sus límites y sobre sus fundamentos. En suma, para la solución de un mismo caso, no puede plantearse la aplicación simultánea de varios criterios, sino que debe buscarse el que sea dogmáticamente más idóneo y acertado.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿En qué consiste la prohibición de regreso? ¿Qué es una conducta socialmente cotidiana, neutral o estandarizada?
2. ¿El Derecho penal debe intervenir sancionando conductas socialmente cotidianas o adecuadas? ¿Por qué?
3. Si alguien realiza una conducta neutral o socialmente estandarizada y un tercero aprovecha dolosamente dicha conducta para cometer un delito: ¿Existe nexo de causalidad entre el aporte neutral y el delito? ¿Es objetivamente imputable el delito a quien realizó la conducta neutral?
4. Los conocimientos ajenos a la posición social (rol) que ocupa el sujeto en el contexto concreto en que se produce la conducta, ¿permiten la imputación del hecho al sujeto?
5. ¿En qué casos no se puede hablar ya de una conducta neutral, no siendo posible invocar la prohibición de regreso?
6. ¿Qué significa que la prohibición de regreso opera de modo contrafáctico?
7. ¿Existen deberes jurídicos dirigidos a la víctima para que se autoproteja?
8. ¿Qué es el ámbito de responsabilidad preferente de la víctima y qué implicancias tiene?
9. ¿Cuáles son los tres presupuestos que deben concurrir para poder imputar un hecho lesivo a la propia víctima?
10. ¿Qué elementos deben verificarse para poder hablar de una 'víctima' autorresponsable?

1. La prohibición de regreso

a) Concepto y fundamento

Si existe 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 regreso¹²⁶. Su concepción actual dista mucho de su inicial formulación planteada por FRANK¹²⁷, para llegar a ser entendida como un criterio normativo de limitación de la participación criminal.

No cabe duda que ha sido el profesor alemán Günther JAKOBS quien con mayor acuciosidad ha protagonizado la reformulación de esta figura normativa para delimitar el ámbito de la tipicidad tanto para delitos dolosos como imprudentes¹²⁸. Este autor sostiene que no es jurídico-socialmente coherente 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 tercero¹²⁹: “quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida”¹³⁰.

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 permitidas¹³¹. Una consideración de esta naturaleza no es exclusiva, como se suele entender comúnmente, de un pensamiento normativista y,

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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”.

¹²⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 77.

¹³⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 30 (cursivas en el original).

¹³¹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 30 ss.; GARCÍA CAVERO, *PG*, pp. 376 s.

por el contrario, puede ya apreciarse, en su contenido material, en argumentaciones de origen metodológico diverso¹³².

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 adopte¹³³. No se puede hacer a alguien penalmente competente de las consecuencias lesivas producidas por el autor de un hecho delictivo gracias a las aportaciones del primero; ello comportaría una grave restricción de los espacios de libertad legítimamente conferidos a los ciudadanos y que les resultan imprescindiblemente necesarios para su desarrollo personal y para la convivencia social en general.

Por ello, conforme a lo que se viene afirmando, la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que sólo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso¹³⁴.

Para comprender lo que se viene diciendo, tómese como ejemplo los siguientes casos:

- *Caso del taxista*¹³⁵: un grupo de jóvenes solicitó a un taxista que los lleve a un determinado lugar; cuando llegan, los jóvenes le piden al taxista que introduzca el vehículo en un garaje, lo cual en efecto hace. Los jóvenes introducen diversos objetos en la maletera del vehículo y le piden dirigirse a otro destino. Sin embargo, los jóvenes eran unos delincuentes que habían sustraído bienes ajenos del inmueble.
- *Caso de la gasolinera*¹³⁶: El empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un vehículo, percatándose que éste se halla en tan mal

¹³² 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).

¹³³ Esto es así a tal punto que, incluso para autores manifiestamente críticos al sistema normativista, el principio de dependencia recíproca entre Derecho penal y sociedad es ya un lugar común. Cfr., así, MIR PUIG, en DPC N° 2, 2003, p. 132, quien lo considera como un principio plenamente aceptado por la doctrina jurídico-penal.

¹³⁴ JAKOBS, PG, 24/13.

¹³⁵ El cual nuestra jurisprudencia ya tuvo ocasión de resolver a través de la sentencia N° 4166-99-Lima emitida por la Corte Suprema de Justicia. Vid. el amplio análisis sobre este caso jurisprudencial efectuado por CARO JOHN, *La imputación objetiva, passim*.

¹³⁶ Cfr. al respecto, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 111 s.

estado que es evidente que se va a producir un accidente, lo cual en efecto sucede posteriormente, resultando muertos sus ocupantes.

- *Caso del acreedor homicida*¹³⁷: tras haber contraído una obligación dineraria, el deudor cumple con pagar la suma adeudada; el acreedor, al recibir el dinero, le hace saber al deudor que este pago servirá para falsificar unos documentos, delito que en efecto comete.

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 doctrina¹³⁸. Una vez más, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos, en los que es innegable el nexo causal entre la aportación inicial y el posterior resultado lesivo.

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 conjunta¹³⁹. 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.

Entonces, la pregunta que cabe hacerse en el ámbito de la prohibición de regreso es: ¿Mantiene la conducta de quien ejerce su rol su originario significado neutral (socialmente inocuo o aceptado) o pierde ese sentido pasando a ser un comportamiento con sentido delictivo? En referencia a los casos arriba señalados, cabría preguntarse: ¿Han realizado el taxista, el empleado de la gasolinera y el deudor un comportamiento inocuo o un acto de participación delictiva? ¿Deben responder penalmente por el delito de hurto, homicidio y falsificación documental, respectivamente?

Como quiera que, como se ha reiterado varias veces, el tipo objetivo del delito se configura únicamente a través de la infracción de un deber derivado del ámbito de competencias (rol), quienes realizan un aporte socialmente cotidiano o neutral en

¹³⁷ Planteado por JAKOBS, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, en *Estudios*, pp. 243 ss., y que consiste en aquel. 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...”.

¹³⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 349.

¹³⁹ CARO JOHN, *La imputación objetiva*, p. 82.

ejercicio de su rol, no responden penalmente. El Estado no puede reprochar penalmente, por un lado, el cumplimiento de aquello que, por otro lado, exige.

Dicho de otro modo, quien realiza un comportamiento socialmente estandarizado, neutral o cotidiano, no puede verse perjudicado con una imputación penal, si otra persona infringe sus deberes jurídico-penales y, aprovechándose de ese aporte neutral, configura un hecho delictivo¹⁴⁰.

En consecuencia, ninguno de las conductas de los protagonistas de los ejemplos mencionados (el taxista, el empleado de la gasolinera y el deudor) tienen sentido delictivo, pues ninguna ha excedido el ámbito de competencias asignadas en ese concreto contexto de interacción. De sus específicas posiciones sociales, pues, no se deriva una expectativa de conducta distinta a la realizada: de un taxista no se espera que conozca o evite la comisión de los actos ilícitos cometidos por sus pasajeros en su lugar de destino; del empleado de una gasolinera no se espera que tenga conocimientos técnicos sobre mecánica; y de un simple deudor no se puede esperar que sepa qué hará el acreedor con el dinero, ni mucho menos se le imponer el deber jurídico de evitarlo.

No obstante, hay un grupo de casos-límite, en los que se pone a prueba el alcance y vigencia de la prohibición de regreso. Se trata de los llamados “contextos caóticos” (JAKOBS) o situaciones de inminencia de riesgo (POLAINO-ORTS). En estos casos, la persona, en principio, realiza una conducta socialmente cotidiana, pero de dicho aporte depende impedir una lesión inminente de un bien jurídico, por lo que, en razón de esa inminencia, adquiriría la condición de garante de la situación.

Ejemplo del *caso del vendedor de cuchillos*: Un sujeto ingresa a una tienda de implementos de cocina y le pide al tendero un cuchillo afilado. Una vez que éste se lo entrega, el comprador, visiblemente alterado, sujeta a otro comprador que estaba en la tienda y, cogiéndolo del cuello, le coloca el cuchillo en la yugular y se dispone a cortarla.

En este tipo de casos, la doctrina se encuentra dividida. Algunos autores sostienen que la inminencia del riesgo y la capacidad de control que adquiere el vendedor sobre el hecho inminentemente lesivo, lo convierten en garante de la nueva situación, por lo que su aporte ya no sería neutral y, por lo tanto, decae la

¹⁴⁰ POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, pp. 129 ss.

prohibición de regreso¹⁴¹. Por otro lado, también se sostiene que, inclusive en estos casos, la conducta sigue siendo neutral y el vendedor no podría ser castigado por el delito de homicidio, sino a lo sumo por el de omisión del deber de socorro o de omisión del deber de denunciar la comisión de delitos (infracción del deber de solidaridad mínima intersubjetiva)¹⁴².

b) ¿Son relevantes los conocimientos del sujeto que actúa conforme a su ámbito de competencias?

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 mención¹⁴³. No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido común de la actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta.

Así sucede en el caso del deudor 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 ilícitos¹⁴⁴.

Esto tiene su principal fundamento, como no podía ser de otro modo, en una razón de sustrato 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 servicios¹⁴⁵; en otras palabras,

¹⁴¹ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 84; POLAINO-ORTS, “Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales”, p. 131.

¹⁴² Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, pp. 85 ss.

¹⁴³ Cfr. sólo los análisis y comentarios de JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 58 ss. y 83 s.; ÍDEM, “La imputación objetiva”, pp. 214 s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 113 ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 46 ss.

¹⁴⁴ CARO JOHN, *La imputación objetiva*, pp. 58 ss.; GARCÍA CAVERO, “La prohibición de regreso en el Derecho Penal”, en SILVA SÁNCHEZ/ GARCÍA CAVERO/ CARO CORIA/ MEINI MÉNDEZ / PASTOR/PARMA/REAÑO PESCHIERA, *Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2005, pp. 70 s.

¹⁴⁵ 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.

“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”¹⁴⁶.

Entonces, sólo puede imputarse la infracción de aquellos deberes pertenecientes o inherentes al ámbito de competencias, quedando fuera del juicio de imputación, en consecuencia, los conocimientos especiales que excedan el rol social ejercido por la persona en un específico contexto de interacción.

c) Algunos límites de la prohibición de regreso

La prohibición de regreso, como instituto liberador de la responsabilidad penal en caso de conductas socialmente adecuadas, también tiene algunos límites sobre los que es necesario llamar la atención:

- *Por un lado*, no podría invocar una prohibición de regreso quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho¹⁴⁷. Esto quiere decir que si en el caso del taxista, si éste acelera y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes o si el deudor entrega una suma mayor a la debida al acreedor, conociendo sus planes delictivos, ya no ajustaría su proceder a su rol social.
- *Por otro lado*, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso¹⁴⁸. 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 lesivo¹⁴⁹. Lo propio en el

¹⁴⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 19.

¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, “La imputación objetiva”, pp. 216 ss.; GARCÍA CAVERO, “La prohibición de regreso”, pp. 70 s.: “El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante”.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ En estos casos, no obstante, las posiciones de garante deben estar bien fundamentadas para que su infracción adquiera objetivamente un significado delictivo, pues es indudable que “cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas” (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 412 s.).

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)¹⁵⁰.

Por su parte, el principio de confianza opera, más bien, una vez constatado que el comportamiento de un tercero no se encuentra jurídicamente aprobado¹⁵¹, 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 última¹⁵².

2. La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

a) Introducción. Diferencias con la autopuesta en peligro en un esquema político-criminal de imputación

Aunque no existen razones puntualmente definidas sobre la súbita preocupación de la dogmática penal por la víctima¹⁵³, lo cierto es que actualmente ya no es

¹⁵⁰ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 117 s.

¹⁵¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 419 s.

¹⁵² Por ello es que CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 118, sostiene que la prohibición de regreso se presenta como una “especie de reverso” de la imputación a la víctima.

¹⁵³ Al respecto, PRITTWITZ, “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER, *La víctima en el sistema penal* (trad. Reyna Alfaro), Grijley, Lima, 2006, p. 64, afirma que, dada la dificultad de encontrar una razón para la repentina atención doctrinaria prestada a la víctima, es evidente que en realidad no sólo existe un único motivo para dicha situación. Sin embargo, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia/J. M. Bosch, Bogotá/Barcelona, 2001, p. 109, sostiene que el reciente “redescubrimiento de la víctima” por las ciencias penales no es del todo congruente con la realidad, en la medida en que la atención al

posible negarle valor jurídico-penal a la intervención de quien resulta lesionado en una actividad emprendida con otro. Se ha establecido, así, que la conducta de la víctima autorresponsable ha de ser introducida en el juicio de tipicidad y, por ende, en el sistema de imputación objetiva, si bien sobre su contenido y configuración dogmática reina aún cierta polémica e incertidumbre¹⁵⁴.

A partir de una perspectiva funcional se ha tratado de explicar las razones por las que un determinado suceso y, naturalmente, las consecuencias que de él se derivan sean atribuidos a la víctima. En esa línea, por ejemplo, el profesor JAKOBS ha intentado definir tales razones normativas: primero, mediante la infracción de los – así denominados por él– “deberes de autoprotección” y, segundo, mediante un acto de voluntad, a saber, el consentimiento¹⁵⁵. Sin embargo, como bien lo recalca entre nosotros GARCÍA CAVERO¹⁵⁶, ello no supone acoger una teoría basada en la diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida como la propuesta por ROXIN, pues ésta se construye sobre fundamentos distintos¹⁵⁷.

En efecto, la propuesta de ROXIN reviste marcadas diferencias con la visión funcional-normativista abordada en esta Unidad. Los fundamentos del esquema *roxiniano* se hallan aún impregnados de un tinte de orden naturalístico. Según este autor alemán, mientras que en la autopuesta en peligro (o, más exactamente, en la participación en una autopuesta en peligro) el tercero tan sólo coopera en una actividad riesgosa realizada por la propia víctima, en la heteropuesta en peligro consentida (también denominada “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”) la víctima no se coloca ella misma en una situación de peligro, sino que “se deja poner en peligro” por otro con plena conciencia del riesgo.

Para plantear en términos ejemplificativos este tratamiento dogmático diferenciado, ROXIN alude a un caso real resuelto por el Tribunal Supremo Federal alemán: el de la carrera ilegal de motos. Afirma este autor que “no es lo mismo” aceptar competir con otro en una carrera imprudente “y aceptar al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia”, que “ir sentado en el

comportamiento de la víctima se habría venido produciendo de modo “encubierto” a través de otras instituciones dogmáticas no formuladas de manera específica.

¹⁵⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 349 ss.; GARCÍA CAVERO, *PG*, p. 380.

¹⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 33 ss., quien los entiende como “modalidades de explicación”.

¹⁵⁶ GARCÍA CAVERO, *PG*, p. 381.

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, *PG*, 11/86 ss., 11/98 ss.; ÍDEM, *Problemas básicos*, p. 190, precisando que en este último ámbito la víctima “se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva de un tercero”.

asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario”¹⁵⁸.

Sin embargo, como lo sostiene CANCIO MELIÁ¹⁵⁹, ha de afirmarse categóricamente que la imputación en este terreno dogmático se produce en términos *normativos* y no está supeditada a la configuración fenomenológica de las aportaciones de autor y víctima ni al dominio puramente fáctico del suceso (quien interviene físicamente más en la ejecución material del delito), sino, antes bien, a la esfera de autonomía de la víctima que obra de forma autorresponsable, una vez definido el carácter conjunto del suceso. Quizás en razón de los inconvenientes que implica aferrarse a un criterio de sustrato naturalista en determinados casos problemáticos (como el del Sida, por ejemplo: ¿quién domina el riesgo en las relaciones sexuales?), ROXIN ha optado por plantear una cláusula de equiparación de las dos figuras (auto- y heteropuesta en peligro) formuladas por él mismo¹⁶⁰.

b) ¿Existen ‘deberes de autoprotección’ exigibles jurídicamente a la víctima?

Por otra parte, en un plano terminológico, en el ámbito de la imputación a la víctima es preferible hablar de “incumbencias de autoprotección” en lugar de “deberes de autoprotección”, expresión acuñada originariamente por JAKOBS¹⁶¹, quien sostiene que el criterio dogmático bajo análisis comporta la inobservancia de tales deberes por parte de la víctima al administrar su esfera personal de organización.

A este respecto, la doctrina se ha manifestado en contra de la existencia de *deberes de autoprotección* jurídicamente exigibles a la víctima. En nuestra doctrina, GARCÍA CAVERO prefiere referirse precisamente a “incumbencias de autoprotección”, ya que no se trata propiamente de deberes impuestos a la víctima, sino de “criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia”¹⁶². Igualmente, PASTOR MUÑOZ se refiere a incumbencias normativas de

¹⁵⁸ ROXIN, *Problemas básicos*, p. 190.

¹⁵⁹ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 124 ss.

¹⁶⁰ ROXIN, *PG*, 11/100; ÍDEM, *Problemas básicos*, pp. 192 s.

¹⁶¹ Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 33.

¹⁶² GARCÍA CAVERO, *PG*, pp. 380 ss. De hecho, este autor nacional ha sido más específico al señalar que el cumplimiento de los deberes tiene para el Derecho un lugar prioritario, mientras que el cumplimiento de las incumbencias es sólo secundario: “Penalmente, sólo el incumplimiento de los deberes se sanciona, mientras que el incumplimiento de lo que a uno incumbe es, en cuanto tal, impune” (Vid. la nota de traductor en la obra de PUPPE, *La imputación del resultado en Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 93).

autoprotección, en contraposición a la “capacidad (fáctica) de autoprotegerse”¹⁶³. En Alemania, FRISCH considera problemático hablar de una falta de protección en razón de una competencia de la víctima para su propia prevención respecto de ciertos peligros¹⁶⁴.

Por su parte, CANCIO MELIÁ estima que no se trata de deberes que el ordenamiento jurídico impone a la víctima, sino de “hacer valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima”, por lo que prefiere renunciar a la terminología de “deberes de autoprotección”¹⁶⁵. En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ subraya la inexistencia tanto de fundamento dogmático de estos “deberes” como de consecuencias jurídicas derivadas de su infracción¹⁶⁶; igualmente, TAMARIT SUMALLA se muestra crítico con las consecuencias de afirmar un deber general de autoprotección, el que —aunado a otros factores producto de la normativización de la tipicidad— podría originar una “hipertrofia del discurso de signo liberalizador”¹⁶⁷.

En cuanto a este debate, sólo cabría aquí acotar que, en efecto, resulta difícil sostener congruentemente la existencia de deberes cuya infracción no acarree la imposición de una sanción o de alguna otra manifestación, punitiva o no, del Estado, como sucedería en el caso del incumplimiento de los pretendidos deberes impuestos a la víctima en el ámbito del Derecho penal.

Esto responde al hecho —por lo demás, evidente— de que la introducción de la víctima en el juicio de imputación no tiene por finalidad la formulación de algún reproche contra ella (en efecto, pues, no existe ninguna norma que tipifique la actuación de la víctima), sino conceder relevancia dogmática a la autonomía con la que ésta se comporta. Como lo señala WALTHER: “el Derecho penal no pretende responsabilizar al titular del bien jurídico. El punto de partida está siempre en la exclusión de la imputación a favor del autor”¹⁶⁸.

¹⁶³ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 150.

¹⁶⁴ FRISCH, *Tipo penal*, p. 130.

¹⁶⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 348.

¹⁶⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 494 s.

¹⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, p. 96.

¹⁶⁸ Vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 404.

c) *Autonomía y atribución a la esfera de competencia de la víctima*

Como ya se ha adelantado, actualmente es innegable la utilidad del principio de autorresponsabilidad en tanto elemento *fundamental*¹⁶⁹ del sistema de imputación penal, destinado a la delimitación de ámbitos autónomos de organización y, por ende, a la atribución de responsabilidades en actividades arriesgadas. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la adscripción de una esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable. Esto lleva naturalmente a proyectar este principio en dos componentes que se entrelazan para su conformación: la *autonomía* y la *responsabilidad* personal que se deriva de su ejercicio¹⁷⁰.

A esta estructuración se ha de añadir un elemento caracterizador más: al ser el titular de los bienes jurídicos el único responsable de su propia organización vital, ocupa una posición especial respecto a otros intervinientes en la actividad riesgosa o lesiva, pues sólo a ella compete su administración y cuidado; y en tanto titular de dicha esfera jurídica deberá asumir preferentemente las consecuencias lesivas que se deriven de ésta.

Esta relación especial, *preferente* respecto a los demás, que tiene el titular con sus propios bienes opera particularmente en sucesos en los que también interviene un tercero¹⁷¹. De este modo, si el suceso en su conjunto (la interacción económica generada entre autor y víctima) puede ser atribuido al ejercicio de la libertad autoorganizativa de la víctima, se podrá afirmar, a la vez, que dicho acontecimiento se encuadra en dicha esfera de responsabilidad preferente¹⁷²; vale decir, se reconduce a su propio ámbito de competencia.

No obstante, la fundamental virtualidad del principio de autorresponsabilidad es la de conformar un criterio de base para el sistema de imputación, un punto de partida para la delimitación de esferas competencia y, por tanto, para la atribución

¹⁶⁹ Da cuenta de su trascendencia para el sistema de imputación penal, POLAINO ORTS, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, p. 17, para quien “todo el Derecho penal en su conjunto puede explicarse sobre la idea del concepto normativo de persona en el sentido de autodeterminación personal”.

¹⁷⁰ Lo que, con razón, lleva a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 318, a afirmar que en el término *autorresponsabilidad* se funden ambas perspectivas: la “autonomía” y la “responsabilidad” que se deriva de la primera.

¹⁷¹ De “ámbito de responsabilidad preferente” habla CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 317 ss., a partir de la imagen de ciudadano autónomo que proyecta la Constitución Española (art. 10.1) mediante el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹⁷² Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 318 s.

preferente de responsabilidad. El ordenamiento no puede desconocer la coexistencia entre la esfera del autor y de la víctima, sino que, por el contrario, dicho vínculo interpersonal constituye el fundamento material del injusto¹⁷³. En suma, se trata de “un criterio que preside toda la teoría de la imputación penal”¹⁷⁴.

Pero la atribución a tal ámbito *es preferente mas no siempre exclusiva*¹⁷⁵, pues habrá sucesos arriesgados en los que la víctima interviene juntamente con un tercero –con prescindencia de quién ejecuta materialmente los actos que entrañan el riesgo para el bien jurídico¹⁷⁶– y en los que sí quepa establecer responsabilidad a este último por el menoscabo de la esfera jurídica del primero. Por tal motivo, su aplicación no ha de ser comprendida como absoluta o universal, sino tan sólo preferente frente a los demás. En síntesis, *no se puede imputar penalmente aquello que es competencia de un tercero que administró su ámbito de organización de forma defectuosa*.

La imputación a la víctima tiene lugar necesariamente de modo normativo cuando la aparente víctima ha infringido determinadas *incumbencias de autoprotección*, esto es, cuando en pleno ejercicio de su autonomía administra su ámbito de organización de manera defectuosa o cuando menos inocua, asegurando la incolumidad de sus bienes jurídicos. Por ello es que la institución dogmática de la imputación a la víctima se erige sobre el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada ciudadano debe responder por sus propios actos.

d) Presupuestos generales para la imputación del suceso a la víctima

Las modernas doctrinas que han profundizado con riguroso esfuerzo investigador en el terreno de la imputación objetiva, y concretamente en el instituto de la imputación a la víctima, han logrado establecer la presencia de ciertos criterios

¹⁷³ Cfr. TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, p. 103.

¹⁷⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 112.

¹⁷⁵ Como apunta CANCIO MELIÁ (*Conducta de la víctima*, p. 279), la atribución de ámbitos de autonomía no puede ofrecer “más que un punto de partida, mientras que el concreto funcionamiento en el sistema jurídico debe ser elaborado con parámetros dogmáticos”.

¹⁷⁶ Cfr. CARO JOHN, “Imputación a la víctima y su efecto excluyente de la tipicidad”, en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, año I, Vol. 1, 2015, p. 152; LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo*, p. 398: “puede haber supuestos de ejecución del autor con consecuencias lesivas que deban ser imputados a la víctima, así como también supuestos en los que, a pesar de que es la víctima la que ejecuta acciones peligrosas para sus propios bienes, el que debe responder penalmente es el tercero”.

específicos que, en suma, permiten afirmar que el suceso lesivo –y naturalmente sus consecuencias– le pertenece únicamente a la víctima¹⁷⁷.

En tal sentido, se ha asentado la consideración de que cuando el titular de un derecho se embarca junto con otra(s) persona(s) en una actividad riesgosa que posteriormente termina lesionando algún bien jurídico de aquél, el evento en su conjunto habrá de ser inexorablemente imputado a la esfera de competencia de la víctima en la medida en que concurren las siguientes condiciones: *i)* la actividad lesiva permanezca hasta el final en el marco de lo organizado conjuntamente entre autor y víctima; *ii)* la víctima reúna las condiciones necesarias para ser considerada una persona autorresponsable; y *iii)* no medie entre los interactores un deber de garante específico. A ellos nos abocamos a continuación¹⁷⁸.

i) El carácter conjunto del suceso lesivo

En lo que atañe a este presupuesto, cabe precisar que, en tanto instituto dogmático desarrollado en un marco sistemático objetivo –la imputación *objetiva*–, carecen de toda relevancia normativa, de cara a la definición de dicho carácter conjunto, las nudas representaciones e interpretaciones subjetivas nacidas en el fuero interno de los intervinientes, tanto del autor como de la víctima.

Por el contrario, la determinación de si el suceso es verdaderamente conjunto o no discurre en un plano objetivo, ajeno a las representaciones mentales que cada interviniente puede tener respecto al significado de dicho suceso; salvo que tales datos subjetivos, introducidos en la actuación conjunta, determinen que el proceder de la víctima sea un simple “acto ciego”, quien obraría a modo de instrumento del autor.

Ello sucedería, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, sabiendo que una mujer ha contratado los servicios de una empresa de asesoría contable, se acerca a su domicilio premunido con una identificación falsa alegando ser trabajador de dicha empresa y que, por disposición de sus superiores, venía a recabar un adelanto de pago, lo cual, convencida la mujer, en efecto hace. Si bien para la víctima se trata formalmente del cumplimiento de un vínculo contractual, resulta evidente que dicha actividad aparentemente “conjunta”

¹⁷⁷ Cfr. en lo que sigue, sólo CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 328 ss., a quien debemos la ordenación sistemática de estos presupuestos de la imputación vigente; siguiéndole, LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo*, pp. 397 ss.

¹⁷⁸ Cfr. con mayor profundidad en torno a dichos criterios, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 335 ss., 354 ss. y 404 ss.; de modo más sucinto, ÍDEM, *LH Peña Cabrera*, pp. 146 ss.

ha sido manipulada por el autor de modo tal que ya no es ni siquiera posible hablar de una organización efectivamente común a ambas partes, sino por el contrario de una instrumentalización que proyecta un significado diverso para cada una de ellas.

De este modo, de lo que se trata es de verificar que la interacción entre autor y víctima cree un contexto común para ambos y que, por tanto, comunique un mismo significado objetivo¹⁷⁹. Y ello es así puesto que el riesgo que finalmente termina lesionando los intereses de la víctima es creado conjuntamente por autor y víctima¹⁸⁰, es decir, es producto de la interacción objetivamente constatable por ambos.

ii) *La autorresponsabilidad de la víctima*

En lo referente a la autorresponsabilidad de la víctima, sólo corresponde aquí señalar que, en concordancia con lo ya dicho, es lógico que si el instituto de la imputación al ámbito de competencia de la víctima se funda en el principio de autorresponsabilidad –el cual, por lo demás, constituye el punto de partida del sistema de imputación en general¹⁸¹–, no será posible atribuirle a ella el suceso lesivo si es que no se puede afirmar materialmente su responsabilidad en tanto sujeto autónomo.

Esto sólo será posible en la medida en que la víctima pueda ser considerada normativamente responsable a partir de una doble valoración: por una parte, que posea capacidad psíquico-constitucional para predicar su autonomía ante el ordenamiento jurídico (verificación de *defecto constitucional*); y, por otra, que en el contexto de interacción no se produzcan desniveles de conocimientos entre autor y víctima que coloquen a esta última en una posición de inferioridad con entidad instrumentalizadora (verificación de *defecto situacional*).

La discusión doctrinaria sobre los límites de la capacidad psíquico-constitucional de la víctima, que ha sido planteada particularmente en el terreno de la disposición de la propia vida, dista mucho de ser pacífica. El estado de la cuestión a este respecto gira en torno a dos grandes posturas¹⁸²:

¹⁷⁹ Cfr. en tal sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 335.

¹⁸⁰ CANCIO MELIÁ, *LH Peña Cabrera*, p. 154.

¹⁸¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 161 s.

¹⁸² Cfr. con mayor profundidad al respecto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 404 ss., 406 ss.

por un lado, quienes consideran que los criterios determinantes se hallan en el ámbito del *consentimiento*, para lo cual, como es obvio, recurren a las reglas establecidas para la validez jurídico-penal de dicha figura eximente¹⁸³. Para esta postura, pues, el análisis gira en torno a las exigencias que permiten configurar un consentimiento válido, de acuerdo con las reglas generales que rigen tal ámbito, de modo que será posible calificar de responsable a aquella persona que exprese su voluntad en tales términos¹⁸⁴.

Por otro lado, se presenta un sector doctrinal que considera que el carácter responsable de la víctima viene dado en función de las reglas de la *imputabilidad*, las mismas que el ordenamiento penal ha regulado con precisión¹⁸⁵. Por tanto, conforme a esta postura la responsabilidad de la víctima se basa en los criterios de la imputabilidad, dirigidos

¹⁸³ Cfr. por todos, en este sector de opinión, AMELUNG, “Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona”, en SILVA SÁNCHEZ/SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. LH Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 328 ss.; FRISCH, *Tipo penal*, pp. 136 s.; SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad del médico por omisión”, en *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004, pp. 82 s.; ÍDEM, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros” en ADPCP 1987, pp. 459 ss., quien adhiriéndose en forma matizada a la opinión de Herzberg y Eser en Alemania, mantiene una postura que podría considerarse ecléctica, pues mientras que por un lado sostiene que el “excesivo esquematismo” de las reglas de la imputabilidad puede llevar a ignorar un considerable grupo de casos de exención incompleta (v. gr. semiimputables), por otro rechaza la aplicación automática de los criterios del consentimiento. En una línea similar se ubica GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*, pp. 173 ss., quien prefiere recurrir a un análisis del caso en concreto, asignándole al criterio de la inimputabilidad tan sólo un valor indiciario, pero considerando decisivo verificar si el sujeto en particular carece de capacidad natural de comprensión y juicio; en ese mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, en GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, I, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 187 s.

¹⁸⁴ Es decir, observando, cuando menos, los siguientes requisitos: capacidad jurídica para disponer del bien y comprender la situación en la que consiente; disponibilidad del bien jurídico; que se trate de un consentimiento libre (obtenido sin engaño, amenaza o coacción); y que el consentimiento sea anterior a la comisión del hecho. Sobre ello, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *PG*, § 34 IV.; MIR PUIG, *PG*, pp. 512 ss. En la doctrina nacional, cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 494 ss.; y, VILLAVICENCIO TERREROS, *PG*, p. 343, n.m. 737 ss.

¹⁸⁵ De acuerdo con esta perspectiva, por ejemplo, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, pp. 263 ss., 716 s., efectuando un análisis a dos niveles: cuando falta la capacidad de comprensión y cuando falta la capacidad de inhibición; JAKOBS, *PG*, 21/97, para quien los criterios de inimputabilidad proporcionan “una guía para decidir cuándo se da un comportamiento imputable de autolesión y cuándo el dominio decisivo sobre la resolución está en manos de un tercero”; ÍDEM, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 25 s., aludiendo a la “inferioridad constitucional” que se presenta en las situaciones de niños o enfermos mentales, por ejemplo, en las que no estamos frente a una persona “de por sí responsable”; ÍDEM, “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte” (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 409 s.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 407 ss.; LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo*, pp. 406 s.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 178 ss., 183 s.; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, p. 105, ubicando la solución en la culpabilidad.

originariamente a establecer la capacidad de culpabilidad del autor de un delito, los cuales constituirían un punto de orientación fijo al hallarse previstos y reglados por el propio ordenamiento jurídico.

La última posición ofrece algunas ventajas que merecen ser señaladas. Al tratarse de parámetros normativos concretos establecidos por el propio ordenamiento, ofrecen mayor seguridad que el criterio –ciertamente más flexible y subjetivizable– del consentimiento. Consecuentemente, no podrá afirmarse la responsabilidad de la víctima –a efectos de la imputación a su esfera de competencia– respecto de menores de edad o de personas con alguna psicopatología que produzca los efectos previstos en el art. 20º.1 CP.

El ámbito de las estafas constituye un claro ejemplo en que la víctima, manipulada por la inveracidad pergeñada por el agente, dispone de su patrimonio en un contexto de manifiesto error, esto es, instrumentalizada y carente de toda libertad. Ello, desde luego, la convierte en un simple medio creado por el autor que sirve a sus propios intereses, lo que, desde la perspectiva del presupuesto analizado, supone la ausencia de una víctima autorresponsable¹⁸⁶.

iii) Inexistencia de un deber específico de garante

El ordenamiento jurídico puede imponer en determinados sectores ciertas reglas especiales en virtud de las cuales el agente se encuentra unido a la víctima mediante un vínculo normativo concreto del cual se deriva una obligación de tutela o protección que el primero debe observar en el desarrollo de la actividad que emprende conjuntamente con la última. Tal vínculo, en lo que nos atañe, constituye una razón normativa que desplaza al principio de autorresponsabilidad, así como sus consecuencias dogmáticas¹⁸⁷.

En otras palabras, para que el suceso pueda ser atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, el agente no ha de ostentar un deber específico de protección o de garante respecto de aquélla, como el que se

¹⁸⁶ Como lo pone de relieve HRUSHKA, “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, en *RPDJP* N° 2, 2001, p. 197, la víctima de la estafa contribuye “voluntariamente” (entiéndase, con una voluntad viciada) en el desplazamiento de su patrimonio, pero no actúa “voluntariamente” en términos de lo económicamente razonable.

¹⁸⁷ CANCIO MELIÁ, “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, en *RPDJP* N° 1, 2000, p. 51.

presentaría en el caso de quien se obliga a prestar asesoría especializada para una inversión bursátil; o aquel otro en que el autor impide a la víctima el acceso a la información veraz de cotejo (esto es, la que le permita comprobar la veracidad de los datos brindados por el autor) a través de un documento falso, en virtud de lo cual surge el deber de neutralizar el peligro originado con dicha conducta antes de que se realice el acto de disposición patrimonial¹⁸⁸.

Como se indicó, la imputación a la víctima se produce en términos normativos y no fácticos ni fenomenológicos. Aquí radica una de las principales diferencias entre el esquema de imputación sostenido en este trabajo y la planteada por el profesor ROXIN. Retomando el ejemplo del motociclista arriba mencionado, cabe decir entonces que es absolutamente irrelevante quién controla o maneja la motocicleta. Este, en última instancia, es un dato fáctico, meramente casual y circunstancial (pudo haberlo manejado la víctima o el autor) y, como tal, no puede ser determinante para el juicio de imputación. Lo que es necesario verificar, será la concurrencia de los tres presupuestos señalados.

De este modo, si los motociclistas emprendieron juntos una actividad arriesgada objetivamente común, en un contexto de interacción completamente conocido y consentido por ambos, es claro que estamos frente a una actividad conjunta. Sobreentendiendo que los sujetos eran personas autorresponsables (mayores de edad y en pleno uso de sus facultades mentales) y que entre ambos no existen deberes específicos de garante (v. gr. No eran padre e hijo), entonces no queda más que imputar el resultado lesivo a la propia víctima.

e) Orden sistemático y efecto excluyente de la tipicidad

Cabe destacar la particular posición sistemática de esta institución dogmática en su entorno teórico. Dadas sus específicas características, este criterio normativo opera en un plano sistemático posterior a los demás, pues, aunque también en otros criterios se examinan casos en los que la víctima interviene de algún modo, la diferencia con la imputación a la víctima radica esencialmente en que en aquellos la condición de titular preferente de los bienes jurídicos no es la determinante en el juicio de imputación¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Cfr. sobre ello, con mayor detalle, *infra* V. C. 2.

¹⁸⁹ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 120.

Si bien en otros ámbitos de la imputación objetiva, como el principio de confianza o la prohibición de regreso, la autorresponsabilidad también se manifiesta de un modo especial, en la imputación a la víctima juega un papel *fundamental*, pues traduce dogmáticamente el valor de dicho principio en el juicio de imputación. Sobre dicho principio se erige la atribución del suceso lesivo a la víctima, en tanto persona autónoma reconocida como tal por el ordenamiento jurídico.

En esa línea, el presupuesto para aplicar el instituto de la imputación a la víctima es que el autor haya superado el riesgo permitido. Es decir, sólo una vez que se compruebe que la conducta del autor no está permitida socialmente, puede tener aplicación la imputación a la víctima. Si, por el contrario, en la situación concreta el autor no supera los límites del riesgo permitido, entonces resulta totalmente innecesario recurrir a la institución de la imputación a la víctima, pues el caso puede ser resuelto en un nivel anterior, más genérico, como es el riesgo permitido.

Como se verá en el siguiente apartado, el orden en que estos institutos dogmáticos han sido desarrollados no es aleatorio ni antojadizo, sino que refleja un orden sistemático que empieza desde lo más general (riesgo permitido), hasta lo más específico (imputación a la víctima).

Así las cosas, la utilidad dogmática, aplicable en la práctica, de la imputación a la víctima se apreciará con claridad cuando la conducta riesgosa del autor interactúa simultáneamente con el proceder autolesivo y autorresponsable de la víctima, lo cual genera una descarga de la imputación al autor, un “vaciamiento de la tipicidad” de la conducta del autor¹⁹⁰, excluyéndose así su carácter típico.

3. La autonomía de los institutos dogmáticos de la imputación objetiva

La separación dogmática de los diversos principios normativos esbozados resulta de suma importancia para la edificación de la imputación objetiva. El esquema de imputación que se acaba de delinear se corresponde con un sistema normativo que no resulta ya ajeno a la moderna doctrina especializada. Sin embargo, es necesario esclarecer ciertos aspectos relativos a dicha construcción, que expresan precisamente la necesidad de formular una teoría sistemática de imputación en la que sus elementos no son simples constructos aislados o caprichosamente distribuidos y cuya aplicación resulta indistinta o arbitraria.

La imputación objetiva es un mecanismo normativo que sirve a los fines del Derecho penal de un Estado liberal, que no son sino garantizar las expectativas

¹⁹⁰ Cfr. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, p. 87.

sociales de conducta¹⁹¹; vale decir, asegurar que los ciudadanos cumplan cabalmente con sus deberes jurídicos, pero únicamente dentro de aquello que les corresponde en el marco de su ámbito de organización. Todo aquel riesgo, por tanto, que tiene lugar fuera de dicha esfera no le incumbe normativamente al ciudadano, no siendo jurídico-penalmente competente del mismo. En tal sentido, la imputación objetiva resguarda, a su vez, la libertad de las personas como tales¹⁹² y se erige en una garantía normativa para el respeto de su esfera íntima de autoorganización, aquella en la que ni el Estado ni los demás ciudadanos pueden inmiscuirse.

Sobre esa base, las diversas proyecciones de la imputación objetiva se entrelazan para conformar un verdadero sistema de atribución de responsabilidad, pero cada una con sus propias características y alcances dogmáticos. En efecto, los criterios normativos no vienen dados de forma aleatoria¹⁹³, sino que revisten cada uno diversos rasgos inherentes y despliegan, por consiguiente, sus propios efectos de acuerdo al alcance práctico en cada ámbito parcial de las interacciones sociales¹⁹⁴.

De ahí nace en mi opinión la necesidad de conceder a cada estructura concreta de imputación su propio espacio sistemático y, consecuentemente, su particular ámbito de aplicación práctica. Pues carecería de todo sentido elaborar un esquema normativo de atribución de responsabilidad que no distinga de modo preciso los fundamentos concretos sobre los que se construye una determinada propuesta de atipicidad¹⁹⁵. En tal sentido, efectuar especificaciones en el marco general de teoría de la imputación no sólo es dogmáticamente correcto, sino también pragmáticamente necesario para definir el ámbito de aplicación de cada criterio normativo y, con ello, su aplicabilidad en un determinado caso particular¹⁹⁶.

¹⁹¹ Así, expresamente, BACIGALUPO, *PG*, p. 266.

¹⁹² Cfr. JAKOBS, “La imputación objetiva”, p. 212; ÍDEM, *PG*, 7/35.

¹⁹³ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, pp. 98 s.

¹⁹⁴ En tal sentido, JAKOBS, *PG*, 7/58, en relación a la institución de la prohibición de regreso.

¹⁹⁵ Y es que precisamente para lograr que la imputación penal se lleve a cabo de modo sistemático, los criterios normativos no pueden estar aislados, sino reunirse en una teoría general. Cfr. JAKOBS, *PG*, 24/15.

¹⁹⁶ Como bien lo expresó GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 212, lo que ha logrado la teoría de la imputación objetiva es agrupar toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad que habían “deambulado” sin encontrar un lugar sistemático correcto. Viniendo esto de un jurista abiertamente crítico para quien la teoría de la imputación objetiva es un “fantasma” que vaga por los tipos penales (*ibid.*, p. 213), resulta evidente que las instituciones dogmáticas en cuestión están llamadas a conformar un sistema ordenado y no a encontrarse dispersos sin ninguna funcionalidad práctica.

A partir de una visión ampliamente general, existen comportamientos relevantes y otros irrelevantes para el Derecho penal, que es precisamente de lo que se ocupa la teoría de la imputación. Estos últimos, es decir los jurídico-penalmente irrelevantes, se encuentran evidentemente al margen del ámbito de interés del Derecho penal y conforman un espectro de conductas que no se hallan jurídicamente desaprobadas.

En este sentido, se podría afirmar, entonces, que en efecto existen actos que si bien comportan riesgos para la sociedad (sean éstos de poca relevancia o de considerable intensidad) no se hallan penalmente desautorizados en virtud de cualquiera de los criterios normativos ya reseñados, y en tal medida constituyen *riesgos permitidos en sentido amplio*¹⁹⁷. Por ello, si se concibe la existencia de una categoría de alcance abiertamente general que agrupa a todos aquellos supuestos penalmente irrelevantes, es evidente que todas las instituciones concretas de imputación (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, imputación a la víctima) no son más que supuestos particulares o especiales de una categoría-matriz eminentemente genérica de riesgo permitido¹⁹⁸.

En tal virtud, cabría distinguir entre un *riesgo permitido en sentido lato*, “como instituto amplio que delimita las conductas irrelevantes para el Derecho penal de las típicas”¹⁹⁹, de un *riesgo permitido en sentido estricto*, es decir, como criterio normativo fundado en la permisón jurídico-social de riesgos generados por determinadas actividades que, aunque peligrosas, son socialmente toleradas o inclusive necesarias²⁰⁰.

Naturalmente, la imputación objetiva basada en una única categoría dogmática omnicompreensiva no sólo no supondría en modo alguno ninguna novedad sino que tampoco tendría mucha utilidad práctica. Por tal motivo, la imputación objetiva no

¹⁹⁷ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 298.

¹⁹⁸ Lo cual, como afirma FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 299, no sería más que “una forma de definir todos los institutos que limitan valorativamente la tipicidad de un comportamiento”. De ahí el debate ya aludido sobre la autonomía sistemática del principio de confianza en el marco de la imputación objetiva, en el que se suele concebir a dicho principio como una derivación del riesgo permitido. Así, JAKOBS, PG, 7/51; y ROXIN, PG, 24/22, quien entiende al principio de confianza como “un caso de aplicación del riesgo permitido”.

¹⁹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 298.

²⁰⁰ A partir de esta constatación, se puede optar por una u otra denominación del riesgo permitido en tanto sub-instituto concreto, como “riesgo típicamente relevante” (como lo denominan JESCHECK/WEIGEND, PG, § 28 IV. 1.), “riesgo jurídicamente relevante” (como lo prefiere MIR PUIG, PG, 10/57), o –en sentido negativo– “riesgo jurídicamente desaprobado” (así, FRISCH, *Tipo penal*, pp. 68 ss. y *passim*; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 106 ss.), etc. En cualquier caso, mientras queden definidos los fundamentos y contornos del edificio de imputación en los términos señalados, es claro que las “etiquetas” no resultan ya de suma trascendencia.

puede ser reducida a un solo criterio lato, sino que, por el contrario, ha de desmembrarse en sub-instituciones valorativas en atención a los diversos fundamentos concretos que subyacen a la atipicidad de los comportamientos. Lo contrario conllevaría a esgrimir un mismo argumento, también genérico, para todas las propuestas de irrelevancia típica. Y, como se viene sosteniendo, la contextualización de cada problema práctico en atención a criterios normativos específicos no entraña un mero capricho teórico, sino que acarrea consecuencias de cara a la extensión e intensidad de los deberes jurídicos exigidos al ciudadano en situaciones equivalentes²⁰¹.

Así, por ejemplo, el dueño de una hacienda, a fin de no dañar a sus vecinos en su vida cotidiana, puede confiar en que sus obreros autorresponsables serán respetuosos, pero no puede estar absolutamente seguro de que sus perros pastores no lesionarán a nadie. Por ello, mientras que los actos lesivos protagonizados por los obreros serán por definición de entera de incumbencia de éstos (*principio de confianza*), los ocasionados por los perros se atribuirán al dueño si es que éste no tomó las medidas de seguridad pertinentes (*riesgo jurídicamente desaprobado*).

Esto es así en virtud de los distintos principios que fundamentan los criterios de imputación y, por ende, el juicio de (a)tipicidad de la conducta en la que tienen aplicación. En términos ejemplificativos: si un médico administra un potente analgésico a un paciente oncológico grave a fin de mitigar su dolor, siendo éste previamente informado de que ello podría adelantar su muerte, obra en el marco de la *lex artis* médica y, por ende, de producirse el resultado fatal, no respondería penalmente en virtud del reconocimiento jurídico-social que subyace a la praxis médica en tanto actividad riesgosa históricamente legitimada.

Pero si una persona decide libremente abordar el vehículo conducido por su amigo ebrio, tras lo cual se produce un accidente en el que el primero fallece, el conductor tampoco es penalmente responsable, pero no porque la sociedad reconozca la actividad lesiva como un riesgo tolerado o la acepte como tal (todo lo contrario: la sociedad desaprueba conducir en estado de ebriedad ya que supera los límites de lo jurídicamente permitido), sino porque la víctima ha actuado a propio riesgo de modo autorresponsable. De ahí la importancia, aquí subrayada, de conceder espacios autónomos a las diversas estructuras dogmáticas en el marco de la imputación objetiva, dados sus propios alcances y fundamentos.

²⁰¹ Cfr. en lo que sigue, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, pp. 298 s.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

La prohibición de regreso

1. 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. La prohibición de regreso se sustenta en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación en sí misma cotidiana y socialmente estereotipada, por lo que no puede adquirir el sentido delictivo por la puesta en marcha de planes ilícitos de terceros.
2. La prohibición de regreso define los límites de lo que ha comprenderse como una actividad conjunta con un mismo significado objetivamente delictivo para los intervinientes, esto es, si el suceso proyecta el sentido de una organización delictiva conjunta. Quien realiza un comportamiento socialmente estandarizado, neutral o cotidiano, no puede verse perjudicado con una imputación penal, si otra persona infringe sus deberes jurídico-penales y, aprovechándose de ese aporte neutral, configura un hecho delictivo.
3. Los conocimientos especiales (esto es, ajenos al ámbito de competencias derivado del rol) carecen de relevancia para el juicio de imputación objetiva. Esto se fundamenta en una razón de sustrato social: posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría a imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios, lo cual, a la vez, supondría obligar a los actores sociales a convertirse en “expertos” o “adivinos” de los propósitos ajenos.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

4. Esta institución, asimismo, presenta algunas limitaciones en su aplicación. Por un lado, no puede invocar una prohibición de regreso quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho. Por otro lado, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso.

La imputación a la víctima

5. La imputación a la víctima es la concreción del principio de autorresponsabilidad en el sistema de imputación objetiva. El principio de autorresponsabilidad se configura precisamente a través de la adscripción de una esfera personal de autoorganización a su titular, de cuya administración y consecuencias éste es y será el único responsable.
6. El titular de los bienes jurídicos, al ser el único responsable de su propio ámbito de organización personal, ocupa una posición especial respecto a otros intervinientes en la actividad riesgosa o lesiva, pues sólo a ella compete su administración y cuidado; y en tanto titular de dicha esfera jurídica deberá asumir preferentemente las consecuencias lesivas que se deriven de ésta.
7. Por lo tanto, la víctima tiene un ámbito de responsabilidad preferente, pues, por regla general, cualquier lesión a un bien jurídico de su titularidad, debe ser atribuido a ella misma, en la medida que concurren ciertos presupuestos. De este modo, si el suceso en su conjunto (la interacción económica generada entre autor y víctima) puede ser atribuido al ejercicio de la libertad autoorganizativa de la víctima, se podrá afirmar, a la vez, que dicho acontecimiento se encuadra en dicha esfera de responsabilidad preferente.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

8. No obstante, la imputación del hecho al ámbito de responsabilidad de la víctima es preferente pero no siempre exclusiva, pues habrá sucesos arriesgados en los que la víctima interviene juntamente con un tercero y en los que sí quepa establecer responsabilidad a este último por el menoscabo de la esfera jurídica del primero. Por tal motivo, su aplicación no ha de ser comprendida como absoluta o universal, sino tan sólo preferente frente a los demás.
9. El evento lesivo en su conjunto habrá de ser inexorablemente imputado a la esfera de competencia de la víctima cuando que concurran copulativamente las siguientes condiciones: *i)* la actividad lesiva permanezca hasta el final en el marco de lo organizado conjuntamente entre autor y víctima; *ii)* la víctima reúna las condiciones necesarias para ser considerada una persona autorresponsable; y *iii)* no medie entre los interactores un deber de garante específico.
10. El presupuesto para aplicar el instituto de la imputación a la víctima es que el autor haya superado el riesgo permitido. Es decir, sólo una vez que se compruebe que la conducta del autor no está permitida socialmente, puede tener aplicación la imputación a la víctima. Si, por el contrario, en la situación concreta el autor no supera los límites del riesgo permitido, entonces resulta innecesario recurrir a la imputación a la víctima, pues el caso puede ser resuelto en un nivel anterior, más genérico, como es el riesgo permitido. El orden en que estos institutos dogmáticos han sido desarrollados no es aleatorio ni antojadizo, sino que refleja un orden sistemático que empieza desde lo más general (riesgo permitido), hasta lo más específico (imputación a la víctima).



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Cancio – Exclusión de la tipicidad
- 2) J.Caro – Conductas neutrales
- 3) Jakobs – Prohibición de regreso

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- CASO 2
- CASO 3
- CASO 4
- CASO 5
- CASO 6
- CASO 7

(Disponible en el anexo de casos)



PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN DEL MANUAL

1. ¿Cómo se puede definir al ámbito de competencias asignado a los ciudadanos en un Estado de Derecho? ¿Qué sucede si una persona, excediendo dicho ámbito, lesiona e invade otros ámbitos de organización?
2. ¿Cuándo una persona se vuelve penalmente competente por un hecho?
3. ¿Las personas pueden desarrollar más de un rol social?
4. ¿Los deberes derivados del rol social pueden ser delegados?
5. Para responder penalmente por un hecho, ¿es necesario infringir algún deber jurídico? ¿Esto aplica sólo para los delitos cometidos por omisión?
6. ¿La acción positiva (hacer) debe ser más desvalorada y, por ende, sancionada con mayor severidad que la omisión (no hacer)?
7. ¿Considera usted que un niño puede ser considerado un sujeto autorresponsable? ¿Por qué?
8. Desde una perspectiva dogmática, ¿es correcto que para un mismo caso se apliquen varias instituciones dogmáticas de la imputación objetiva? ¿Por qué?
9. ¿El riesgo permitido es una institución genérica o específica? ¿Por qué?



PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN DEL MANUAL

10. ¿Cuál es la institución de la imputación objetiva más específica? ¿Por qué?
11. ¿Un mismo comportamiento puede ser atípico en virtud del principio de confianza y también ser imputable a la víctima?
12. ¿Cuál es la diferencia entre la prohibición de regreso y la imputación a la víctima? ¿Cuál es la diferencia entre el riesgo permitido y el principio de confianza?
13. ¿Qué condiciones tienen que concurrir para que una actividad arriesgada en la que intervienen dos personas, pueda ser calificada como 'conjunta' para ambas?
14. Uno de los presupuestos de la imputación a la víctima es la inexistencia de una posición específica de garante entre autor y víctima. ¿Considera usted que este deber es ilimitado e indefinido? ¿Hay casos en los que esta posición de garantía decae?