

# **EN BUSCA DE LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Luis Alberto Tisnado Solís\*

## **I.- INTRODUCCIÓN.-**

La expresión de GIMBERNAT<sup>1</sup>, allá por la década de los setenta del siglo pasado, de que la teoría de la imputación objetiva es un fantasma que vaga en los tipos, es una expresión no muy científica pero bastante ilustrativa. En efecto, la llamada teoría de la imputación objetiva es, hoy por hoy, la figura dogmática más polémica y la que ha llegado a revolucionar el tipo penal, variando sus presupuestos imputativos de acuerdo al sistema y a la forma de configurar el Derecho penal por parte de los autores más representativos – me refiero, lógicamente a WELZEL, ROXIN, JAKOBS, Y FRISCH-, en el ámbito de la literatura penal.

Existe la tendencia, en las introducciones, a declarar el objeto de nuestra investigación. Pues bien, sin querer yo, excluirme de dicha formalidad, lo cierto es que, en nuestra dogmática nacional no existen estudios especializados sobre los mismos, a pesar de su creciente importancia de la discusión científica y en la jurisprudencia. Y es que, nuestros dogmáticos nacionales que han abrazado la categoría, lo han hecho en el marco de otras elaboraciones doctrinales, expresadas en los manuales generales<sup>2</sup>, y, con ellos, sin excesiva profundidad en el tratamiento de las cuestiones propias de la teoría de la Imputación Objetiva.

Este presente trabajo, comienza con una exposición de la teoría de la causalidad adecuada y el pensamiento Welzeliano (Ítem II), para luego entrar a exponer la concepción de ROXIN (Ítem III) en el ámbito de la imputación Objetiva, la cual, según cierto sector de la doctrina penal, constituiría el desarrollo más importante en la literatura científica que dicha teoría habría experimentado. Posteriormente, se hará una exposición y a la vez abrir juicios de valor sobre el pensamiento del autor más polémico de las últimas décadas, en materia de imputación objetiva: GÜNTHER JAKOBS (Ítem. IV). Tras la exposición y desarrollo así como las refutaciones que se formularán a sus planteamientos desarrollados en esta materia, se estará ya

---

\* Abogado egresado de la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo – Perú. Actualmente, cursando estudios de postgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires – Argentina

<sup>1</sup> Vid. En *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos 3ª edic., Madrid, 1990, p.213

<sup>2</sup> Vid., Así, VILLA STEIN, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, p. 245 y ss; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la parte general*, Lima, 1994, p. 461 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Lima, 1990, p. 257; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, 1987, p.450

en condiciones de elaborar y fundamentar determinados presupuestos normativos capaces de otorgar seguridad jurídica, respetuosos del principio de legalidad (Ítem V).

## **II.-TEORÍA DE LA ADECUACION SOCIAL**

Aproximadamente, a partir del año 1900 se reconoció que el concepto causal ilimitado de la teoría de equivalencia de condiciones debía ser restringida, ya en el estadio del tipo objetivo. Según V. KRIES, sólo existe una relación de causalidad entre una inacción y un resultado cuando éste era previsible ex ante, teniendo en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad (saber nomológico) y las circunstancias del caso concreto conocidas o cognoscibles por el sujeto (saber ontológico)<sup>3</sup>. Esta teoría subjetiva generó una larga polémica, puesto que en el caso de considerar sólo los conocimientos que el autor tenía al momento de desplegar la acción, se favorecería la imprudencia porque el sujeto con conocimientos inferiores a los de sus conciudadanos resultaba liberado de responsabilidad, mientras que al tomar como patrón la figura imaginaria de un hombre con capacidades y conocimientos medios, se favorecería a quien por haber tenido mejor comprensión de la situación pudo dirigir su acción a la producción del resultado<sup>4</sup>. Frente a esto, se llegó a una fórmula objetiva-subjetiva: "se exige un juicio de valor emitido con posterioridad a los hechos (objetivo) pero incluyendo también los conocimientos especiales que entonces poseía el autor (subjetivo); es decir, en palabras de WELZEL, para la determinación de este límite de la previsibilidad objetiva, el enjuiciador (p.ej., el juez) tiene que situarse hacia atrás en el real momento de la acción (pronóstico posterior), y teniendo en cuenta los factores reales existentes al tiempo de la comisión de la acción que podían ser conocidas por un hombre inteligente, agregando aquellas conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los nexos causales (saber nomológico)<sup>5</sup>. Como consecuencia de determinar cuál de las diversas causas que desde el punto de vista de la equivalencia de condiciones intervienen en la realización de un suceso debería ser tenida como penalmente "adecuada", se recurrió a la "creación" imaginaria de la figura del "hombre medio", "juicioso", "experimentado".

Sin embargo, la idea de la previsibilidad no me parece conveniente por lo siguiente: desde un punto de vista práctico, la idea de previsibilidad objetiva facilita la imputación versarista de resultados. Es decir, es un criterio demasiado amplio, elástico, extenso, indefinido, que encierra el peligro de que su utilización por parte de la jurisprudencia conduzca o podría conducir a que se

---

<sup>3</sup> Se objetó con razón a V. KRIES que con este criterio se prejuzgaba la previsibilidad subjetiva, elemento de la culpabilidad; Véase, en este sentido, GIMBERNAT, *delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, p.27

<sup>4</sup> REYES ALVARADO, *Imputación objetiva.*, Temis, Bogotá, 1996, p.26

<sup>5</sup> Cfr. WELZEL, *Derecho Penal Alemán.* (Trad. Bustos Ramírez, Sergio Yáñez), 11º Edic., Santiago de Chile, 1970, p.70

imputara todo resultado que tuviera su origen en una conducta ilícita<sup>6</sup>. Así p.ej., el conductor de un vehículo inicia una irreglamentaria maniobra de sobrepaso, durante la cual una de las llantas del automotor estalla debido a un defecto oculto del material; como consecuencia de ello, se produce una colisión de automotores con heridas por algunos de los pasajeros<sup>7</sup>. En este proceso, sostuvo la Corte de Justicia alemana, el conductor que emprende una conducta imprudente de adelantamiento es perfectamente previsible que ella desemboca en un accidente, y con base a ello lo condenó como un autor del delito de lesiones personales. En este caso, como se acaba de apreciar, el resultado al que arriba la Corte aparece francamente inaceptable porque da la sensación, que acudiendo a este criterio de la previsibilidad, desemboca en un principio antiguo del Derecho Penal: **VERSARI IN RE ILLICITA** (a quien ha obrado en forma reprochable le son imputados todas las consecuencias que de su censurable actitud se deriven. Así las cosas, casi todo es objetivamente previsible).

### **2.1.-ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSICION DE WELZEL**

El topos de la previsibilidad había sido tan rentable para el tipo penal de WELZEL. Para WELZEL, la adecuación social es la interpretación de sentido de los tipos, conforme a la cual quedan excluidos del “concepto de injusto... todas las acciones...que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente generado”<sup>8</sup>. La argumentación de WELZEL se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción “naturalista de la acción” y del bien jurídico”. En los tipos – según WELZEL- se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social. La adecuación penal es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito normal de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieron ser aun subsumidos en ellos, según su tenor literal<sup>9</sup>.

Con la argumentación de la adecuación social, se solucionaron innumerables casos: la figura del sobrino que persuade a su tío rico de emprender un viaje en avión con la esperanza de que muera en un desastre aéreo, los regalos de año nuevo que usualmente se dan a empleados públicos como los carteros o los recolecteros de basura, el suministro de bebidas alcohólicas a

---

<sup>6</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva. en Derecho Penal*, Grijley, Lima, p..73

<sup>7</sup> Ejemplo extraído de REYES ALVARADO, *Imputación objetiva.*, p. 276

<sup>8</sup> WELZEL, citado por CANCIO MELIÁ, *Teoría de la imputación objetiva y normativización del tipo objetivo* en El Sistema Funcionalista del Derecho Penal, Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal, Grijley, lima, 2000, p. 88

<sup>9</sup> WELZEL, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la Doctrina de la acción finalista..* (Trad. Y notas por Cerezo Mir), Edit. B de F, Montevideo – Bs. Aires, 2002, p. 88

terceros, los abortos médicamente indicados, las huelga de los trabajadores, el riesgo permitido, las conductas medicas desarrolladas conforme a la *lex artis*. Sin embargo, sus partidarios se limitaron a engrosar la lista de hipótesis en las cuales el mecanismo podría ser empleado, sin señalar los parámetros que deberían guiar una tal calificación. En otras palabras, en realidad faltó un verdadero desarrollo teórico del concepto, ya que nunca se propusieron mecanismos homogéneos con base en los cuales pudiera ser determinada la adecuación o inadecuación social de las conductas. HIRSCH<sup>10</sup> mostró que mediante una interpretación de lo tipos penales, ayudados por conceptos como el del deber de cuidado y del dominio del hecho, se lograban los mismos resultados que a través del mecanismo de la adecuación social.

### **III.- IMPUTACIÓN OBJETIVA DE CLAUS ROXIN.-**

Fue un autor de origen neokantiano, ROXIN, quién habría que difundir más que nadie –sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente al planteamiento de HONIG- en la doctrina penal la teoría de la imputación objetiva<sup>11</sup>. Según SHÜNEMANN, discípulo de ROXIN, la orientación teleológica que este autor empezó inició y que se ha caracterizado en los últimos treinta años, se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico objetivista del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, “el moderno pensamiento teleológico tienen en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel recto.”<sup>12</sup>

Definitivamente, tanto HONIG como ROXIN coinciden en afirmar que el problema básico de los delitos de resultado, es determinar, si un curso causal al final del cual aparece un resultado

---

<sup>10</sup> Citado por REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, p. 89

<sup>11</sup> Sin embargo, el neokantismo no fue la única base teórica de la teoría de la imputación objetiva. Por de pronto, la primera formulación histórica de la imputación objetiva, con este nombre, tuvo lugar en 1927, para el Derecho civil y por un civilista de origen hegeliano, LARENZ, que expresamente elabora aquel concepto desde la concepción de HEGEL de la imputación (véase, para más detalles el concepto de imputación de LARENZ y de HONIG, en RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bosch, 1999. RUEDA MARTÍN, citando expresamente a LARENZ, señala lo siguiente “La imputación –señala LARENZ en relación a HEGEL- tiene que ver con la pregunta de qué hay que atribuir a un sujeto como su acción por la que es hecho responsable” y se trata –según RUEDA MARTÍN- de “un juicio sobre un nexo objetivo que el propio LARENZ denomina Imputación Objetiva, que es independiente de la valoración moral o jurídica de la acción” (p. 75). De esta forma – prosigue RUEDA MARTÍN- : “en HEGEL la imputación vuelve a aparecer como un elemento estructural del suceso, como una característica interna de la acción. Junto a la imputación se sitúa la responsabilidad que significa el deber de responder por el hecho propio. Ahora bien, imputación y responsabilidad no se solapan. Para la fundamentación de la responsabilidad se exige además del juicio de imputación, un juicio normativo sobre el valor exterior del hecho como un reproche subjetivo de la culpabilidad que se remite a la determinación interna de la voluntad del sujeto” (p. 75). Como ya es sabido otro Hegeliano, MAYER partió del mismo fundamento filosófico, y actualmente la fundamentación Hegeliano ha vuelto a aparecer con fuerza en las obras de JAKOBS (ver especialmente, el *Concepto jurídico penal de acción*, trad. de Cancio Melia, en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 101 ss.)

<sup>12</sup> Cfr. SHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, en *El Sistema moderno del Derecho penal : Cuestiones fundamentales*, ( Trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 67

puede imputársele a una persona como su obra<sup>13</sup>. ROXIN aclara que lo decisivo en la imputación no es la “perseguidibilidad objetiva”, a diferencia de HONIG, sino que lo decisivo es si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>14</sup>. Luego, tan sólo serán imputables aquellos resultados producidos que son manifestación de la realización de un riesgo desaprobado jurídicamente. Esto no ocurre en los caso ya conocidos, de disminución del riesgo y de creación de riesgos permitidos, como el del rayo y el de otras actividades riesgosas (trafico rodado, naval, marítimo) generalmente permitidos; El criterio para determinar el carácter permitido o no permitido del riesgo es el del observador objetivo ex ante con los conocimientos especiales. Por consiguiente, en los casos de una creación de un riesgo jurídicamente relevante, tan sólo será imputable la producción de aquellos cursos causales que la norma persigue impedir y no, en cambio, aquellos otros que caen más allá del ámbito de protección de la norma<sup>15</sup>. En este sentido, la expresión fin de protección de la norma, era utilizada con dos distintas concepciones. En primer lugar, los criterios venían siendo referidos al alcance que tenía la norma objetiva de cuidado de los delitos imprudentes. Por otro lado, el fin de protección de la norma hace referencia al alcance del tipo. Actualmente, sin embargo, ROXIN recurre a la expresión alcance del tipo. Así, ROXIN asegura que a pesar de concurrir la realización de un riesgo permitido, la imputación aun puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica...no abarca el resultado de la características que muestra ya el resultado que se ha producido, porque el tipo no esta destinado a evitar tales sucesos.

Asimismo, ROXIN elaboro la teoría del incremento del riesgo para solucionar los casos de los “comportamientos alternativos adecuado a Derecho”, los mismos que son referidos a supuestos en los que el resultado de todas maneras se hubiese producido igualmente aun cuando el autor se hubiese comportado conforme a Derecho. El método que propone para la resolución de estos casos es el de comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor<sup>16</sup>. Si la conducta del autor incrementa las probabilidades de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. En caso de duda sobre si el riesgo permitido se ha realizado en el resultado, este se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido.

---

<sup>13</sup> Vid. para más detalles, WOLFGANG FRISCH – RICARDO ROBLES PLANAS, en *Desvalor e Imputar. Sobre la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2004. p.23

<sup>14</sup> Roxin, citado por WOLFGANG FRISCH, en *Desvalor e Imputar. Sobre la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p.24

<sup>15</sup> ROXIN, *La ulterior imputación al tipo objetivo en La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (Trad. Manuel Abanto Vásquez. Incluye artículo introductorio de la Dra. Paz de la Cuesta Aguado), Edit. idemsa, Lima – Perú, 1997, p.116 y ss

<sup>16</sup> Vid. ROXIN, *La Ulterior imputación*, p. 119

### **3.1.- CRITICAS AL PRINCIPIO DE ELEVACIÓN DEL RIESGO DE CLAUS ROXIN.-**

Los defensores de la teoría de elevación del riesgo se galardonan de, gracias al método propuesto, poder prescindir definitivamente de los cursos causales hipotéticos y de la fórmula de la *conditio*, sustituyéndolos por el enjuiciamiento pericial o los datos estadísticos en la averiguación del nexo de riesgo<sup>17</sup>. Pero realmente ¿se consigue este objetivo?. Para responder a esta pregunta retornemos al caso del farmacéutico para darnos cuenta que la teoría de la elevación de riesgo hace una comparación entre el resultado producido realmente ocurrido y lo *que hubiese podido ocurrir* en el evento de que se hubiera actuado conforme a derecho. Así en el caso mencionado, lo que hace la teoría de la elevación de riesgo es confrontar entre el resultado muerte que sobrevino como consecuencia de la conducta *realmente* desplegada por el farmacéutico, con el resultado muerte que también *se hubiera* producido si el farmacéutico hubiese consultado al médico, y recibido de él la correspondiente autorización para el reiterado suministro del medicamento. Como vemos, la teoría de la elevación del riesgo no logra zafarse tan fácilmente del método hipotético cuya utilización le fue tan criticada a la teoría tradicional.<sup>18</sup> Quizá la pregunta que se puede formular es la siguiente: ¿porque si la utilización de métodos hipotéticos conduce a resultados insostenibles en la causalidad, va a resultar eficaz en la constatación del incremento del riesgo?. En el caso de la causalidad cumulativa, por ejemplo, cuando tanto A como B, independientemente, vierten una dosis mortal de veneno en el te de C. En este caso la teoría de la elevación del riesgo tendría que afirmar que el resultado muerte no es imputable objetivamente ni a "A" ni a "B", porque el comportamiento alternativo correcto de A

---

<sup>17</sup> Véase las críticas a la teoría del incremento del riesgo, en FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva...*, p. 61 y ss. El profesor madrileño, argumenta que la teoría del incremento del riesgo es una construcción que no se puede aceptar como principio general para imputar resultados, en tanto en cuanto el criterio de del incremento del riesgo supone una interpretación extensiva de los tipos penales, por que no se respeta el límite literal posible de la ley penal, ya que si bien es cierto que el sujeto crea un riesgo no permitido – y con ello práctica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado - no mata o no causa una lesión ( p. 62) y, en el peor de los casos, no se prueba la realización de los peligros no permitidos creados por el autor. En el delito consumado, es esencial constatar siempre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido (p. 63). Esta teoría convierte, pues, actos de imperfecta ejecución en delitos consumados. Asimismo, los delitos de homicidio y lesiones no desvaloran el aumento de las probabilidades de lesión para la vida o la salud de otro, sino que desvalora la efectiva lesión de los bienes jurídicos, como la vida o salud respectivamente. Por tanto, si se quiere corregir la ley, por razones político- criminales que el legislador ha rechazado o no ha tenido en cuenta, lo correcto es hacer una propuesta de lege ferenda, proponiendo la tipificación de las tentativas imprudentes, porque de lege data la teoría del incremento del riesgo no respeta ciertas exigencias mínimas del principio de legalidad, ya que se imputan tentativas a título de consumación, pese a que los tipos exigen causar un resultado por imprudencia ( p. 65).

<sup>18</sup> Ver al respecto, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La Imputación objetiva. del Resultado*, Madrid, 1992, p.221. MARTÍNEZ ESCAMILLA hace una observación importante al respecto. Señala muy bien que la utilización de métodos hipotéticos adolece de un defecto principal: no nos ayuda a averiguar lo realmente sucedido. I cuestionarnos sobre el riesgo que el comportamiento alternativo habría creado, tan sólo nos permite saber o, en la mayoría de los casos, dudar si el peligro real generado por la conducta del autor es mayor o igual que el que hubiera generado la conducta correcta. La teoría del incremento del riesgo, al poner el acento en lo hipotético, en lo que hubiera sucedido con el comportamiento correcto, si hubiera disminuido o no el riesgo, dejan totalmente en la sombra la importancia del análisis de lo realmente sucedido desde un punto de vista fáctico.

no hubiera podido evitar la muerte (teoría de la inevitabilidad) y tampoco hubiera disminuido las posibilidades de su disminución (teoría del incremento del riesgo.).Las mismas conclusiones llegamos también para “B”.

La afirmación de ROXIN, de que en caso de duda se le debe imputar el resultado, ha dado lugar a que se reproche a la teoría de la elevación del riesgo la violación del *in dubio pro reo*, en cuanto propone que, cuando no esté demostrado si la conducta a derecho hubiera o no evitado el resultado, se condene al acusado por haber desplegado un riesgo mayor del permitido; el autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo<sup>19</sup>. Por lo demás, existen muchas situaciones en las que la teoría de la elevación del riesgo no ofrece soluciones satisfactorias, como puede ser ilustrado con el siguiente ejemplo: Si una madre descuidará en la playa a su pequeño hijo, de tal manera que en un momento este se viera arrastrado por las olas y luego en el intento de salvarle pereciera un valeroso turista, la aplicación de la teoría de la elevación del riesgo nos llevaría a admitir que la madre elevó con su conducta el riesgo que normalmente tendría un turista normal en las playas, de manera que la muerte del voluntario socorrista debería serle imputada.

En síntesis, puede afirmarse que la teoría de la elevación del riesgo fracasa en su intento de ser una teoría integral de la imputación objetiva, y que su utilidad se reduce exclusivamente a la apreciación de los riesgos jurídicamente desaprobados que genera una conducta, siendo, por el contrario, incapaz de brindar ayuda en la determinación de la realización de riesgos. Por ejemplo, en casos donde esta tesis no enfrenta problemas de probabilidad porque existe una certeza absoluta de que el resultado no hubiera sido evitado con una conducta conforme a derecho, como el hipotético caso del padre de un niño asesinado, que en el momento decisivo empuja al verdugo para accionar el mecanismo de ejecución que le permita vengar personalmente la muerte de su hijo, justamente aquí, la teoría de la elevación del riesgo falla porque conduciría a la absolucón del homicida.

### **3.2.- CRITICAS AL FIN DE PROTECCION DE LA NORMA.-**

Este criterio de la imputación objetiva ha sido materia de profundos estudios por la dogmática penal<sup>20</sup>; sin embargo, cabe precisar que lo único seguro respecto de este tema es que no hay nada seguro.

---

<sup>19</sup>Entre quienes sostienen que la teoría de la elevación del riesgo viola el *in dubio pro reo*, puede consultarse los siguientes autores: CORCOY BIDASOLA, *El delito imprudente. Criterios de Imputación de Resultados*, 1989, p.498; quien sin embargo cree que se trata de una objeción sólo aplicable a la originaria formulación de la tesis, edificada sobre un juicio de valor ex ante, pero que carece de fundamento frente a una teoría de la elevación del riesgo construida sobre un juicio de peligrosidad ex post; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva.*, págs. 224, 225, 226.

<sup>20</sup> Cfr. A título de ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos Cualificados*, pp. 105 y ss; MIR PUIG, S.:*Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 10/35; MUÑOZ CONDE /GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, PG, 3ª ed., p.259; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: ADPCP,

La remisión al análisis del fin de protección de la norma se ha efectuado tradicionalmente como forma concreta de solucionar casos concretos que, en su momento, no se han resuelto en forma satisfactoria mediante la aplicación de las teorías del aumento del riesgo o de la evitabilidad. Así p.ej., se suele resolver el caso de un sujeto que conduce durante algún tiempo a una velocidad superior a la debida para posteriormente reducirla al límite preceptuado. Poco después de esta reducción atropella a un niño que apareció inopinadamente detrás de un coche aparcado y se cruzó corriendo en medio de la carretera, de tal manera que al conductor le fue imposible frenar a tiempo. Las argumentaciones que son utilizadas para fundamentar la no imputación objetiva del resultado en este caso son del tenor de las siguientes: la prohibición de superar un determinado límite de velocidad no persigue evitar la presencia de vehículos en un determinado lugar y en un determinado momento, pues el fin de las normas sobre los límites de la velocidad no es el llegar más tarde al lugar del accidente<sup>21</sup>. Otro conocido caso en el que con frecuencia se invoca la aplicación del fin de protección de la norma, tiene que ver con el incumplimiento de una disposición de tránsito: los hermanos Juan y Pedro conducían sus bicicletas de noche y por una oscura carretera, sin cumplir con la obligación de llevar encendidas las luces; José, quien marchaba a la izquierda pero detrás de su hermano, chocó frontalmente contra otro ciclista (quien conducía igualmente sin luces y en dirección contraria), sufriendo una fractura craneana que a la postre causó su fallecimiento. Dentro del proceso se discutió la co-responsabilidad de Pablo, con el argumento de que si hubiera llevado la luz de su bicicleta encendida, probablemente el otro ciclista hubiera notado la presencia de los dos hermanos, o estos mismos le hubieran observado, evitándose así la colisión. La cuestión frecuentemente es resuelta en forma negativa, con el argumento de que la obligación de emplear las luces de las bicicletas durante la conducción nocturna no tiene como finalidad la de permitir que otras personas sean vistas, o que ellas mismas puedan observar mejor. Así ROXIN, señala que en estos casos, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado pues el fin del precepto que

---

1984, p. 368; REYES ALVARDO, Y.; *Imputación Objetiva*, p. 75; QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal*, PG, p. 327; ROXIN, *Derecho Penal*, 11/42 y 43 ; MARTINEZ ESCAMILLA, M.: *La Imputación Objetiva del resultado*, p. XXIV, XXV, 44 y 45.

<sup>21</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, los siguientes autores: HANZ – HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. Manzanares Samaniego), granada, 1997 p. 532; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La Imputación objetiva del Resultado..*, p. 279



impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros.<sup>22</sup>

Aquí es necesario, por la importancia del tema, hacer algunas precisiones de primer orden. Por un lado, se afirma que el criterio de fin de protección de la norma no constituye un mecanismo apto para solucionar los problemas que enfrenta el derecho penal, pues la invocación del fin de protección de la norma es demasiado genérica, ya que con su ayuda se pretende colocar bajo la tutela penal solo aquellas conductas que resulten de interés para el derecho penal, pero no se ofrecen los mecanismos necesarios para determinar en cada caso cuáles son esas conductas que al derecho penal no le incumben<sup>23</sup>. Por eso cada autor o intérprete es libre de señalar<sup>24</sup>, sin remisión aun inexistente sistema, cuáles son las conductas que deben caer bajo el ámbito de protección de la norma, y cuáles son las que escapan a dicha finalidad. Para fundamentar lo dicho vayamos a un ejemplo tomado de la jurisprudencia española: un sujeto que acababa de obtener su licencia de conducción, pierde el control del vehículo que conducía e invade la zona destinada a los peatones, embistiendo a un grupo de tres personas que en ese momento transitaban por allí; mientras dos de ellas lograron esquivar el vehículo, el otro fue mortalmente atropellado. La señora que había logrado eludir el automóvil, presa de espanto al ver el cuerpo inerte de su amigo en el piso, cruzó desfavorida la calle en busca de la esposa del muerto

---

<sup>22</sup> Por todo lo anterior, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General.*, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del delito (Trad. Luzón Peña, Diego), 2ª Edic, Madrid, 1997, 11/68

<sup>23</sup> RUEDA MARTÍN, señala que este criterio del fin de protección de la norma, -desde un punto de vista finalista- no puede ser desligado de los anteriores criterios de la imputación objetiva, esto es, de la previsibilidad objetiva y del riesgo permitido, pues es la consecuencia obligada de ellos y, por ello, la función que realmente desempeña es la de aclararlos y complementarlos. Entonces, el criterio del fin de protección de la norma de cuidado... da lugar a una argumentación circular, de modo que un resultado es objetivamente previsible si pertenece al sector de resultados que quedan dentro del ámbito de protección de la norma, y los resultados que quedan dentro del ámbito de protección de la norma son aquellos objetivamente previsibles. Prosigue su ataque este autor, argumentando: “también se ha puesto de manifiesto que bajo el criterio del “alcance del tipo” son tratados un buen número de casos en los que no existe imputación con base en consideraciones normativas que sirven a la interpretación del tipo en cuestión, por lo que habría que dilucidar si con este criterio se pueden ofrecer criterios genéricos aplicables a todos los tipos penales o habría que ir de grupo en grupo de delitos, problemas a ubicar en la Parte especial, como ya ha propuesto, por ejemplo, RUDOLPHI”. Vid., RUEDA MARTÍN, *la Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción*, p. 110 y 111.

<sup>24</sup> En profundidad, CORCOY BIDASOLA, *El delito Imprudente*, p. 567 ss, la misma, *Imputación*, p. 62: “El primer paso que se ha de realizar para poder decidir sobre cuáles serán los fines de la norma infringida es concretar qué es lo que se entiende por norma en relación a este criterio de imputación. La doctrina en ningún caso se ha definido expresamente sobre cuál es el contenido de esa norma. Un sector, lo define como norma de cuidado; otros entienden a la norma penal al descrito en el tipo; por último, la mayoría de autores le dan indistintamente uno y otro contenido”. Véase las certeras y muy severas críticas al fin de protección de la norma, que hace REYES ALVARADO, en *Imputación Objetiva*, p.210 y ss. ha denunciado que el criterio del fin de la norma es un concepto impreciso (p. 215), concluyendo que se trata de un concepto sin contenido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva (p.216).

(quien instantes antes se había separado del grupo) siendo arrollada en su alocada carrera por un vehículo, cuyo conductor nada pudo hacer para evitar la colisión. Frente a la interrogante de si al imprudente conductor que invadió la zona peatonal debería serle imputada no sólo la muerte del sujeto a quien arrolló, sino también a las lesiones personales sufridas por la aterrorizada mujer que cruzó la calle, LUZÓN PEÑA acoge la determinación del Tribunal Supremo español y admite la imputación de ambos delitos al acusado, invocando para ello el fin de protección de la norma<sup>25</sup>, mientras CORCOY BIDASOLA Y SILVA SÁNCHEZ niegan la posibilidad de imputar al acusado las lesiones de la mujer, invocando igualmente el fin de protección de la norma<sup>26</sup>.

Esta problemática no ha sido ajena a nuestras jurisprudencias nacionales. Así, por ejemplo, la sentencia del 14/12/98<sup>27</sup> en sus fundamentos de hecho argumenta: el acusado conducía en horas de la noche un vehículo de transporte interprovincial, por una carretera y a una velocidad mayor de la permitida por ley. Los agraviados, que viajaban en un vehículo menor –motocicleta- dentro de los límites de velocidad, siendo arrollados por éste cuando se interpusieron en su eje. El colegiado excluye la existencia de imputación al tipo objetivo del delito de homicidio culposo por considerar que no se encuentra dentro del fin de protección de la norma “evitar el atropello de las personas que intempestivamente se interponen sobre las marchas de los vehículos”. Frente a lo afirmado por esta Sentencia, REYNA ALFARO señala que el órgano colegiado yerra al interpretar el fin de protección de la norma que exige la conducción de vehículos dentro de determinados límites de velocidad. REYNA ALFARO persiste, argumentado que existe una incorrecta identificación del fin perseguido por la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido por parte del órgano jurisdiccional que resolvió el presente caso. Si recurrimos –afirma REYNA ALFARO- a las específicas contenidas en el Código de Tránsito y Seguridad Vial ( D.L Nº 420) podremos observar que la obligación del conductor de conducir su vehículo a la

---

<sup>25</sup> En este sentido LUZÓN PEÑA razona de la siguiente manera: “...Es plausible que uno de los fines que persigue la norma de cuidado que prohíbe a los vehículos invadir las aceras o arcones reservados a peatones sea, no solo el de evitar atropellos directos, sino precisamente el de evitar que peatones irrumpen ciegamente en la calzada aterrorizados y alterados por la invasión del vehículo de motor o al ver que arrollan a otras personas, y, en consecuencia, también, se puede decir que un atropello o lesiones sufridas en esa irrupción de la persona aterrorizada, etc., supone precisamente la realización de uno de los riesgos inherentes a la acción inicial.”; Cfr. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Autoría e Imputación objetiva en el delito imprudente*, en: Derecho Penal de Circulación., p.104

<sup>26</sup> Así argumenta SILVA SÁNCHEZ: “En la alternativa entre limitar el fin protector de los correspondientes preceptos a impedir las consecuencias lesivas directamente derivadas de la infracción o extenderlo también a evitar daños secundarios desencadenantes por aquellas, debe optarse en principio por lo primero.”; Cfr. SILVA SANCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 27 de enero de 1984)*, en: *La Ley 1984-4*, p. 1045. Adjuntándose a la posición de SILVA SÁNCHEZ: CORCOY BIDASOLA, *El Delito imprudente...*,p.539.

<sup>27</sup> Reseña de la Ejecutoria de la Superior Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima (Ponente: Saquicuray Sánchez), el texto completo puede verse en: BRAMONT –ARIAS TORRES, *Jurisprudencia en Materia Penal*, primera edición, Consejo de Coordinación Judicial Lima, 2000, p. 196-198

velocidad permitida o exigida tiene por finalidad que éste tenga siempre “total dominio del vehículo” y evitar que se entorpezca la circulación<sup>28</sup>. En esta línea de ideas, debe rechazarse la solución contenida en la decisión judicial, pues si la propia identificación del fin de protección de la norma ha sido errada, todo el análisis de imputación al tipo objetivo hecho con posterioridad a tal identificación resulta desacertado<sup>29</sup>, señala acertadamente REYNA ALFARO.

Un criterio como el del fin o ámbito de protección no añade nada relevante a la doctrina imperante del injusto imprudente más que una serie inconexa de topois inducidos directamente de casos particulares. En este sentido, se ha señalado que sólo la persona que aplica este criterio puede saber con seguridad la solución a la que nos conducirá y ello únicamente porque dicha conclusión ha sido ya adoptada, por considerarla justa, con anterioridad a la búsqueda del fin de la norma. Se apela a éste tan solo para dar una apariencia de fundamentación a una toma de postura un tanto intuitiva o que responde simplemente a un “sentimiento de justicia”<sup>30</sup>. No existe seguridad jurídica en la aplicación de estos topois porque no hay sistemática. En fin, el criterio del fin de protección de la norma ha sido utilizado con tanta amplitud por la doctrina que ha llegado a perder sus contornos.

#### **IV.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN GÜNTHER JAKOBS.-**

Sin duda, JAKOBS ha planteado interesantes puntos de vista a la discusión después de la propuesta de ROXIN, respecto de la teoría de imputación objetiva. JAKOBS ha intentado explicar el Derecho penal desde una perspectiva funcionalista, siguiendo a LUHMANN y a HEGEL. La diferencia reside en que su sistema se orienta de acuerdo a la prevención general positiva de la pena. La posición de JAKOBS nos demuestra que los contenidos de la teoría de la imputación objetiva se encuentra vinculada a la idea de la construcción de un sistema, el mismo que toma como punto de referencia a la esfera de administración autónoma que corresponde a la persona. La teoría de la prevención general positiva puede convencer o no como base de un sistema, pero ya no se le puede hacer a JAKOBS las críticas que se expusieron anteriormente contra ROXIN relacionado con la indefinición e inconcreción de su propuesta. Las críticas a JAKOBS, por tanto, debe partir de una objeción general a su sistema.

---

<sup>28</sup> Vid., Así REYNA ALFARO, *Imputación Objetiva, Conducta de la víctima y criminalidad culposa*, En Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal (Coord. Reyna Alfaro), Ara editores, Lima – Perú, 2003, p.456

<sup>29</sup> Vid, en *Imputación Objetiva, Conducta de la víctima y criminalidad culposa*, p. 457

<sup>30</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La Imputación objetiva.*, p. 265

No voy a abrir juicio de valor sobre las ideas fundamentales de JAKOBS, sus aciertos o desaciertos. En síntesis que JAKOBS responda por JAKOBS. Tampoco vamos a entrar aquí a realizar un estudio pormenorizado de los pensamientos funcionalistas, ya que esto supondría excedernos en los temas de nuestra presente investigación. Pero, y para los efectos del caso, es necesario realizar breves comentarios sobre la imputación objetiva de JAKOBS. Este mencionado autor alemán ha separado, junto con FRISCH, de una forma tan radical la imputación objetiva de los conocimientos especiales. JAKOBS, consecuente con el funcionalismo sociológico subyacente a su formulación, considera que los sujetos en sociedad se mueven en un ámbito de expectativas, estas expectativas implican el esperar el comportamiento del otro de acuerdo a lo esperado según las circunstancias, en este marco señala JAKOBS: El Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual sino la sociedad<sup>31</sup>. Según el profesor de Bonn, la sociedad no es entendida como la asociación de un conjunto de individuos, sino que conforma un sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas, que conforman la estructura organizativa del sistema. La sociedad, como sistema de comunicaciones, no está constituido entonces por realidades pertenecientes a la naturaleza, sino por comunicaciones, por normas.

Para JAKOBS, ser persona significa tener que jugar un "rol"; por roles sociales han de entenderse como las haces de expectativas, vinculadas en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones. Por persona no se puede entenderse, como lo hizo los causalistas y los finalistas, como un sujeto presocial y naturalista, como un individuo. Por el contrario, el sujeto en el sistema social ha de entenderse como persona: como entidades determinadas por normas cuyo comportamiento adquieren un significado. Persona deviene del latín griego "prósopon", máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el teatro clásico para representar al personaje. JAKOBS así lo relata y lo explica: "Ser persona significa tener que representar un papel"<sup>32</sup>. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad, sino que es representación de una convivencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad...tienen un papel que representar". Continúa diciendo: "La subjetividad de un ser

---

<sup>31</sup> Las posturas de JAKOBS se encuentra en su obra: *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996 (Trad. Cancio Meliá / Feijoo Sánchez). En doctrina peruana, se adhiere claramente a los postulados de JAKOBS: CARO JHON, *La imputación objetiva en la participación objetiva*, 1era edición, lima, 2003. También, adhiriéndose a la propuesta de JAKOBS, PERCY GARCIA CAVERO, *La Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1998, R.N. n° 4288-79 Ancash*. En: Revista de Derecho, Vol. I, Universidad de Piura, Piura, 2000. En este pequeño artículo el profesor PERCY GARCIA CAVERO realiza un estudio doctrinario sobre el ya famoso "caso del puente".

<sup>32</sup> JAKOBS, G. *Sociedad, Norma y Persona. en una teoría de un Derecho penal funcional*, p.50

humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivizaciones que deben ser interpretados en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes, dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del derecho: como personas”<sup>33</sup>.

Lo que con ello quiere ponerse de manifiesto, es que en las relaciones sociales adoptamos distintas posiciones, distintos “papeles”, en función de las relaciones de expectativas de comportamiento existentes con los terceros: esposa, madre, asalariada, magistrado- Y es en función del rol desempeñado en cada ámbito de donde emanan las expectativas que los terceros tienen de nuestra conducta. El contenido de un rol queda determinado por los institutos de la Imputación objetiva. Por eso quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro del su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también: quien realiza una prestación estereotipizada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participan criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanecer en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás se conducirán su vez de modo correcto: principio de confianza<sup>34</sup>. La regla será: “no quebrantes tu rol como ciudadano fiel a derecho”<sup>35</sup>.

La confirmación de roles sociales en haces de expectativas nos permiten confiar en que los demás harán atendiendo exclusivamente al rol que ocupa en su trato con nosotros, sin la necesidad de indagar en sus actitudes internas. Lo dicho, es uno de los mecanismos fundamentales del derecho: con las normas jurídicas se procede a una institucionalización de los roles, estableciendo el conjunto de conductas a que está obligado el portador de un rol, y el respeto a esas obligaciones es garantizado por la sanción. Así JAKOBS, siguiendo a LUHMANN

---

<sup>33</sup> JAKOBS, G; *Sociedad, Norma y Persona.*, p.50/53

<sup>34</sup> CARLOS PARMA en *Prohibición de Regreso. Günther Jakobs y la participación de criminal*, Edit. Juri. Cuyo, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 31

<sup>35</sup> Para MARCELO SANCINNETI, El punto de partida podría constituirlo el concepto del quebrantamiento del rol. Para JAKOBS, según SANCINNETI (*Subjetivismo e Imputación Objetiva*, p.118), el hecho de que los roles deben de ser cumplidos, es lo que hace posible una orientación con base en patrones generales, sin conocimiento de las características individuales de una persona que actúa. Sólo de este modo pueden hacerse posibles contactos anónimos al menos parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos enfrente, sino que es tomado como portador de un rol. No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador de un rol”. Véase la peculiar posición del Profesor MARCELO SANCINNETI, en su Tesis “*Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*”; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. La tesis central del profesor Bonaerense es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto. Para SANCINNETI, “la teoría del delito tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo el elemento decisivo de la fundamentación del injusto. Así. la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la “subjetivización no prejuzga acerca del contenido que hay que subjetivizar, es decir, acerca del tipo objetivo” (p. 96)

termina por afirmar, que el individuo asumido en su subjetividad, no forma parte de la estructura del sistema social, sin que, en tanto la sociedad está constituida por comunicaciones, por normas; son las normas que conforman su rol social, su competencia comunicativa dentro del sistema, las que configuran la noción sociológica o socio-política y, en cualquier caso, abstracta y convencional, de persona<sup>36</sup>. Sin embargo volviendo la mirada a HEGEL, el rol fundamental que le incumbe a todo individuo ante el derecho es el de persona, el cual se determina, entonces, no atendiendo a las particularidades individuales de cada sujeto, sino en forma generalizada. Como afirma JAKOBS, en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. El rol cuyo mantenimiento garantiza el derecho penal es el de ciudadano respetuoso del Derecho, es decir, el de persona en Derecho. La confirmación de los roles es una imposición especialmente en las actuales sociedades complejas donde la conformación de las relaciones en función de los roles desempeñados comporta mayor relevancia. Como señala LUHMANN<sup>37</sup>, mientras que en las sociedades arcaicas y no diversificadas las relaciones de expectativas parten de una “confianza personal, basada en el conocimiento intersubjetivo entre los concretos individuos que las forman, en las actuales sociedades complejas, caracterizadas por el anonimato de los contactos sociales, las expectativas de conducta sólo pueden garantizarse por lo que llama la confianza institucional. Ello en razón a que dicho anonimato nos impide establecer expectativas en función de la familiaridad con los individuos, sino que hemos de asumir expectativas generalizadas en función de las posiciones sociales.

---

<sup>36</sup> Citado por ALCACER GUIRADO, RAFAEL; *¿Lesión de Bien jurídico o como Lesión de Deber? Apuntes Sobre el concepto materia del delito*, Edit. Jurid.Grijley, Lima – Perú, 2003, p. 78

<sup>37</sup> Citado por ALCACER GUIRADO, En: *¿Lesión de bien jurídico o Lesión de Deber?* p.78

Para JAKOBS, tales conocimientos especiales<sup>38</sup> ningún papel juegan a la hora de determinar sí

---

<sup>38</sup> Como se sabe son dos las críticas que formulan los finalistas a la teoría de la imputación objetiva: el de los conocimientos especiales, que a continuación desarrollaremos; y la otra crítica, soslaya que la teoría de la imputación objetiva nada tiene que hacer en el delito doloso. En los conocidos ejemplos de manual del familiar rico (Se trata de un ejemplo de manual clásico: CERREZO MIR, *PG*, II, 5º Edic, Madrid, p. 101; MIR PUIG., *Derecho Penal. Parte General*, 4ta Edic. Puesta al día y corregida de arreglo al Código Penal de 1995 – Barcelona, 1996, 19/44; CORCOY BIDASOLA., *El Delito Imprudente*, p. 442, 472; REYES ALVARADO., *Imputación objetiva*, p.93 ss ) que es convencido por su heredero para que realice abundantes viajes o viaje en tren o en avión con la finalidad de que muera en un accidente, de la persona que es enviada a otro lugar en medio de una tormenta para que sea fulminada por un rayo o el de mantener contactos sexuales con una mujer tuberculosa para que se quede embarazada y fallezca en el parto, los finalistas argumentan de que el resultado queda fuera del dominio final del hecho o que no hay dolo como voluntad de realización porque semejantes sucesos sólo se pueden “desear” y no se puede confundir el dolo con el simple deseo. La impunidad del sobrino la fundamenta CERREZO en que aquí falta un verdadero querer necesario para hablar de dolo, pues no hay que confundir dolo con simple deseo. (Esta solución al problema fue ofertada por WELZEL a partir de la 8va edición de su manual de 1963. Hasta entonces soluciona este tipo de problemas mediante el criterio valorativo de la adecuación social no muy lejano en su finalidad de solución de ROXIN. Vid., por ejemplo, la 2ªed. del manual de WELZEL, p. 37, como el propio ROXIN reconoce. Vid. la extensa relación bibliográfica que presenta RODRIGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho Penal Español. Parte General*, 17ª ED., Madrid, 1994, p. 463; También LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p.411... quien señala por ejemplo, que si el sujeto, aunque pretenda la producción del resultado, es consciente de las circunstancias por las que p.ej., la acción es inadecuada, no tiene auténtico dolo, sino un simple deseo jurídicamente irrelevante (por lo que al faltar el dolo, ni siquiera habrá tentativa inidónea punible.)

Como señala CERREZO, el deseo no es suficiente para integrar el elemento volitivo del dolo; dicho elemento concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción. Sin embargo, las formulaciones de CERREZO, siguiendo a su Maestro WELZEL, son contradictorias entre sí, pues si ese “querer” del resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y atribuirse alguna influencia en su producción ha de ser interpretado de manera puramente subjetiva, entonces habría que afirmar el dolo y con ello la responsabilidad jurídico- penal del sujeto que para matar a alguien se dedica a clavar agujas, que representarían el arma, a un muñeco, la víctima, todo esto acompañado de rezos extraños, convencido de que así logrará acabar a su enemigo. En este caso, está claro que se podría afirmar la presencia de ese “querer el resultado como consecuencia de la propia acción”, interpretado en un sentido subjetivo.

El recurso comúnmente utilizado por parte de los finalistas en argumentar que en estos supuestos – el sobrino del tío rico, o el mantener relaciones con una persona tuberculosa para que quede embarazada y fallezca en el parto, entre otros- no existe un dominio sobre el hecho resulta también insuficiente. El dominio de un hecho puede consistir no sólo en dominar el curso causal lesivo natural y conducirlo hacia uno quiere, sino también en conducir a esa persona hacia ese curso lesivo natural. Así p.ej., A, impulsado por los celos secuestra a B - novio actual de la ex pareja de A- y es llevado a la fuerza a un lugar donde conoce que se va a producir un incendio de graves consecuencias, o se va a producir una erupción volcánica. Lógicamente, el autor no puede dominar el gigantesco incendio o la erupción volcánica, pero si es propicio argumentar que dicho autor domina el riesgo en razón a que ha colocado a la víctima en esa situación peligrosa. Por ende, si se trata de comportamientos atípicos es por razones normativas, que nada tiene que ver ni con la causalidad ni con el dolo. El problema es meramente valorativo, propio de los riesgos permitidos, no de dolo. (Así, MIR PUIG, *PG*, 1996, 10/33, nota 33, se adhiere expresamente a la posición de ROXIN, mientras que en 19/44 soluciona esta problemática aludiendo a la adecuación social del comportamiento, con lo que se puede apreciar que la solución al problema se encuentra en el tipo objetivo; REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, p. 94; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios De Derecho Penal*, p.215; Véase, para los efectos del caso, la extraordinaria obra de FEIJOO SÁNCHEZ, en *Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p.. 90 y ss; CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito/1*, 2ªed., Madrid, 1996, p.444.

Pero cuando se dice que en estos casos no existe imputación objetiva porque el riesgo creado por el autor no es mensurable, o porque el resultado es producto de una acción que no crea para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado, en realidad con ello no se está fundamentando por qué esas conductas son atípicas, sino únicamente describiendo (y una simple descripción no es una fundamentación) que dichas conductas vienen caracterizadas por que el resultado típico se produce a consecuencia de acciones que caen dentro del marco del riesgo permitido. No nos olvidemos que uno de los principios elementales del Derecho penal Moderno es el *Cogitationis Poenam nemo petitur*, el cual pregonaba que el legislador no puede prohibir meros pensamientos ni intenciones si éstos no se han exteriorizado en un comportamiento con una mínima apariencia delictiva: de ahí que una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito: porque si ello resultase prohibido (tipificado), entonces no se estarían

este tipo de conductas importan la creación de un riesgo típicamente relevante, de manera que basta lisa y llanamente con la aplicación de las instituciones ya aludidas. En efecto, todas estas posiciones parten de una misma premisa, esto es, sostener que en el ámbito de las interacciones sociales todos los sujetos son portadores de un rol determinado, el cual es no es entendido de manera fáctica, sino como un conjunto de posiciones definidas de un modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, como ya mencionamos líneas arriba. Nadie le puede quitar la razón a JAKOBS, de manera general, en los supuestos de creaciones especiales de riesgos (tráfico viario, explotaciones industriales, etc.) y en supuestos de deberes especiales (relaciones paterno – filiales, funcionarios, etc.). Así, el clásico ejemplo del camarero en realidad es un estudiante de biología que trabaja por las tardes de camarero y descubre que la fruta que le han ordenado servir es -lo sabe por sus estudios- en realidad exótica y venenosa, aunque sirva la fruta venenosa no puede haber atribución alguna porque socialmente no está asignado la exigencia de que quién sirva sepa “*además*” de frutas venenosas. De esta manera para preguntarnos por *lo subjetivo* necesariamente debe haber previamente un comportamiento defectuoso que habilite el interrogante. Debe decirse entonces que cuando el comportamiento se encuentre dentro de lo socialmente exigible, el riesgo no sobrepasa lo permitido. Ahora bien, si el sujeto actualiza sus conocimientos y *administra* el riesgo, entonces, altera o cambia el estándar del rol y –en palabras de JAKOBS- “*manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización*”, por ende hay atribución objetiva. En el ejemplo del camarero este en vez de servir la mesa que le han ordenado, ve a un enemigo en otra, cambia el orden sirviendo a su enemigo en vez de la mesa correspondiente. En este supuesto el camarero ha adaptado su rol al *plus* de conocimientos que posee asumiendo el *control* y *destino* del riesgo (alterando el rol). En términos de JAKOBS, los conocimientos especiales no pertenecen al rol, esto es a lo *que debe saber* un sujeto en un *actividad estandarizada*, lo exigible es lo que el estándar requiere, los conocimientos sin el deber de conocer están definidos desde la pura subjetividad y serían un elemento ajurídico. JAKOBS tiene razón en considerar que dentro de nuestra sociedad, donde pregonan los contactos anónimos, nadie tiene que contar con que un camarero tenga conocimientos de biología. Sin embargo, el hecho de que el camarero no tenga el deber de evitar ese resultado, eso no significa

---

castigando los hechos, sino únicamente pensamientos que no se han traducido en una manifestación exterior que ofrezca alguna de desvalor. Aunado a este argumento, podemos mencionar que la tesis de quienes sostienen que lo determinante y más importante es el aspecto subjetivo debería llegarse a la absurda conclusión de que quien con ánimo homicida persuade a su enemigo de realizar un viaje en tren con la esperanza (al final no realizado) de que muera en un accidente ferroviario, debería ser penado por tentativa de homicidio. Crítico también con los argumentos finalistas, TISNADO SOLIS, en *Traslado de la Imputación Objetiva al ámbito del delito doloso. La discusión con los finalistas*, En Análisis Jurídico, Normas Legales, Julio 2005, Tomo 350, p.222 y ss.



que este autorizado para elevar los riesgos ya creados por aquella persona que inicialmente puso la dosis en el plato de ensaladas<sup>39</sup>.

Luego, si bien es cierto que desde el momento que el camarero no se da cuenta de que lleva una envenenada no desatiende ningún deber, porque no tiene el deber de atender a la composición de los alimentos que sirve, pero desde el momento en el que se da cuenta de que está sirviendo comida envenenada su conducta adquiere un sentido delictivo<sup>40</sup>. El camarero esta contribuyendo a elevar los peligros inherentes al contacto entre personas. Acertadamente ha argumentado FEIJOO SÁNCHEZ, que no se puede elaborar los criterios objetivos de Imputación objetiva partiendo de un concepto eminentemente sociológico, pues la función de filtro del tipo objetivo se llegaría a estructurar en base a criterios de corte sociológicos; La imputación al tipo en nuestro Derecho penal debe de partir del principio de legalidad, tomando como punto referencial los hechos objetivamente desvalorados por la norma primaria<sup>41</sup> –aquellas que actúan como motivadoras-. El tipo penal cumple así su función de filtro, pues sólo después del tipo objetivo, hay que tener en cuenta el tipo subjetivo<sup>42</sup>. De esta manera se – y en palabras expresas del profesor madrileño- llega a respuestas solubles, con mayor garantía y seguridad jurídica. El rol social es un elemento de la realidad que nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta, pero en absoluto opera como filtro objetivo o causa de justificación. El tipo objetivo, no tiene nada que ver con el quebrantamiento de roles especiales como alude JAKOBS, sino con la adecuación típica de un comportamiento. Un dato sociológico como el rol social no puede condicionar las reglas generales de imputación jurídico-penal, aunque pueda ser un dato de la realidad a tener en cuenta para la valoración jurídico-penal de una conducta<sup>43</sup>.

Aunado a estas críticas, se suma la argumentación que los postulados de JAKOBS no sólo compartimenta los roles sociales, sino que define de forma estrecha el riesgo. Sobre lo primero se ha dicho:”esto es así porque los roles son banales en abstracto pero siempre se asumen en circunstancias concretas, y en éstas pueden no ser inocuos. Pero lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, cambia su rol. Los roles de buen camarero, de buen capataz, de buen vecino o de buen policía, saltan en pedazos cuando, por efecto de asumir el dominio del hecho, el agente asume el rol de

---

<sup>39</sup> Cfr. FEIJOO SANCHEZ, *Imputación Objetiva*., p.143

<sup>40</sup> Ibidem

<sup>41</sup> A favor, en doctrina nacional, MAZUELOS COELLO, *El delito imprudente en el Código Penal Peruano*. En Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal, (Dir. Hurtado Pozo, Coord. Iván Meini ), Lima- Perú, 2003, p.178

<sup>42</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*.,p. 113

<sup>43</sup> PUPPE, WOHLLEBEN, citados por FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*, p. 392

homicida o de terrorista.”.<sup>44</sup> En cuanto a lo segundo, es decir “la estrecha definición del rol”, también puede ser apreciada modificando las bases del ejemplo dado: si el mozo esta esperando el plato y advierte que dentro del mismo se cae un veneno, estando el cocinero de espaldas sin poder advertir tal circunstancia, razón por la cual finalmente entrega al mozo el plato como si el mismo estuviera apto para el consumo. La pregunta que le hacemos al profesor JAKOBS, es si el camarero sólo se limita a servir los alimentos a los comensales, o también es su rol, el de servir alimentos aptos para el consumo humano?. Si al llevar el pedido advirtiera que el mismo se encuentra en un estado de evidente putrefacción, no podría servir el plato, de la misma forma que no podría hacerlo si fuera advertido por una tercera persona respecto de que la ensalada contiene un producto venenoso.<sup>45</sup> Sin embargo, esta argumentación pasa por afirmar, que el hecho de servir alimentos no aptos para el consumo humano, aun con el conocimiento del camarero, ya se esta elevando un riesgo ya creado, relevante jurídicamente para el Derecho penal.

Con todo, los conocimientos especiales sólo son relevantes para el tipo cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma. El aspecto subjetivo siempre va referido a un hecho desvalorado objetivamente (riesgo permitido o riesgo típico). Sí la conducta no adquiere un significado objetivo como típica no es indiferente lo que conozca el autor y si lo adquiere la conducta puede ser típica aunque el autor no tenga el tipo ante los ojos (imprudencia). Los supuestos que la doctrina ha venido tratando como supuestos a solucionar mediante el recurso a los conocimientos especiales (propensión especial de la persona, problemas de corazón con miocarditis crónicas, problemas mecánicos en medios de transporte, etc.,) son también solubles y con mayor garantía, seguridad, demostrabilidad y fundamentación si se acude previamente a determinar la existencia de motivos concretos, datos objetivos o situaciones críticas que configuran ese riesgo como más elevado que el permitido y que se debe conocer y debe evitar<sup>46</sup>. Los conocimientos especiales en el ámbito del delito imprudente son un problema relacionado con el riesgo permitido y no con la intención del autor. Así por ejemplo, si alguien conduce su

---

<sup>44</sup> EUGENIO RAUL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar 1º Edición, Buenos Aires, 2000, p.454.

<sup>45</sup> Otro ejemplo muy polémico es el siguiente: Por ejemplo, si el mozo esta esperando el plato y advierte que dentro del mismo se cae un veneno, estando el cocinero de espaldas sin poder advertir tal circunstancia, razón por la cual finalmente entrega al mozo el plato como si el mismo estuviera apto para el consumo. En una discusión entablada en el Seminario de la universitat de Pompeu Fabra, se trabó similar litigio entre GÜNTHER JAKOBS y BERND SCHÜNEMANN, expresando este último que “Ciertamente, el proceso de estandarización es muy importante, pues influye sobre los deberes de información que tienen los sujetos en una relación social. Ningún jugador de rugby tiene que preocuparse de informarse sobre si un jugador del equipo contrario es hemofílico. Pero si resulta que lo es, y el contrincante lo sabe, entonces opera el principio *neminem laede* y no podría extraerse de un concepto comunicativo de la sociedad la idea de que éste puede lesionar a aquél mediante un golpe”. BERND SCHÜNEMANN, *Sobre el estado de la teoría del delito*. Cuadernos Civitas. p.187.

<sup>46</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*., p.115

automóvil y tiene conocimiento que va a cruzar la calzada un anciano, y no obstante el conductor no adecua su conducta a lo permitido, realiza un tipo delictivo de homicidio o lesiones; pero esta definición ha de pasar por considerar que conducir su automóvil –imprudentemente- contra un pobre anciano ya es un riesgo jurídicamente desaprobado existiendo el deber de adecuar su conducta de acuerdo a lo permitido<sup>47</sup>. Los conocimientos, finalidades, capacidades o experiencias del autor no determinan por sí mismas la imputación del hecho, sino que son datos a valorar para determinar la infracción de una norma de conducta (o de cuidado) por parte del autor o del partícipe. Los datos personales del autor sólo son penalmente relevantes en la medida en que existe un riesgo jurídicamente desaprobado por la norma penal. Así, quien sabe de la condición de hemofílico de otra persona, tiene el deber de evitar acciones riesgosas o movimientos que puedan causarle lesiones, naturalmente su desobediencia supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, porque los datos objetivos relevantes constituye la base del juicio de imputación objetiva.

## **V.- CRITERIOS NORMATIVOS DE LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.** **POSICIÓN PERSONAL**

### **A.-) EL RIESGO PERMITIDO. CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO** **CREACIONES DE RIESGOS NO DESAPROBADOS POR RAZONES NORMATIVAS.**

Existen un gran número de conductas mediante las cuales se exponen a los demás a los riesgos residuales mas variadas de la tecnología moderna (ejemplos, el tráfico rodado, el funcionamiento de aeronaves, la manipulación de máquinas modernas, el funcionamiento de centrales nucleares o fábricas químicas, la autorización y venta de fármacos, etc.).\_Si se produce, en relación con tales actividades, una lesión de bienes jurídicos ajenos, no se puede negar la causalidad de la conducta. Luego, si, no obstante, no se les pide cuentas, muchas veces, de la realización de estos resultados a aquellos que permiten un comportamiento tal o se comportan ellos mismos de determinada manera, es porque la creación de tales riesgos se consideran permitidas dentro de ciertos límites. La licitud se puede fundar aquí tomando en cuenta las siguientes argumentaciones dogmáticas: en primer lugar, El Derecho penal es un orden secundario del Derecho, es decir es **la última ratio del ordenamiento**<sup>48</sup>. Por esta razón, el Derecho penal

---

<sup>47</sup> Ejemplo extraído de FEIJOO SANCHEZ, *Imputación Objetiva*, p.114

<sup>48</sup> Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p .198; BACIGALUPO, PG, p.189 ss

asume o tolera, la configuración –y no ciertos niveles de riesgo- de ciertas conductas que conlleva riesgos. El Derecho, como orden de interacción para garantizar las posibilidades de participación social más favorables con los menores costos sociales, tiene que asumir peligros (y naturalmente, también su realización en lesiones) como algo permitido. Punir esas actividades sería privar de la libertad de organización a las personas. Luego, si bien es cierto que el Ordenamiento Jurídico penal admite o tolera de forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, no se crea que esto significa que va a admitir las conductas imprudentes que se puedan producir en el marco de dichas actividades<sup>49</sup>. Una ciencia dogmática que no tenga en cuenta estos datos es una ciencia que quedará encerrada en sus propios muros y que carecerá de la conexión con la realidad, que es lo peor que lo puede pasar a una ciencia jurídica<sup>50</sup>. Y en segundo lugar – pero no por eso menos importante- estriba en que la ciencia jurídica penal siempre ha puesto de manifiesto que el riesgo permitido obedece **a una ponderación social de intereses**<sup>51</sup>, tomando en cuenta tanto la **peligrosidad de la actividad** como la **utilidad social** que ella acarrea.

Es más en la inmensa mayoría de los supuestos, cuanto mas cercano sientan los ciudadanos la utilidad más dispuestos están a aceptar el qué un determinado tipo de riesgo forme parte de sus vidas. La idea de riesgo supone el reconocimiento colectivo de que, junto con las consecuencias que se persiguen con una determinada actividad hay que asumir otras que no se persiguen<sup>52</sup>. Por eso, muchas veces el interés en los beneficios que reporta una actividad hace que el peso de la balanza se incline hacia un favorecimiento de esa actividad en detrimento de la idea de protección de bien jurídico<sup>53</sup>. Frente a lo afirmado por el profesor Madrileño, cabría hacerle una crítica: la peligrosidad que emana de semejantes actividades ni siempre es factor determinante a la hora de decidir sobre la aceptación de las mismas, pues previsiblemente la sociedad no estará dispuesta, por ejemplo, si de ello se derivaran el mismo número de víctimas que produce la

---

<sup>49</sup> Vid. En la doctrina española, MUÑOZ CONDE, PG, p. 314; OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, Derecho Penal. Parte General, 2ªed., Madrid, 1986, p..95.

<sup>50</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 200

<sup>51</sup> La dogmática penal contemporánea considera que el riesgo permitido obedece sin dudas a una ponderación social de intereses: CORCOY BIDASOLA, *El delito imprudente*. p. 321; FRISCH, *Tipo penal e Imputación Objetiva* (Trad. Manuel Cancio Melia, Jean Vallejo, Yesid Reyes, y otros), Madrid, 1995, p.43 y ss; BACIGALUPO, en *Manual de Derecho Penal. parte general*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996, p.215, quien asegura que en la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma. Puede hablarse – afirma el profesor BACIGALUPO- en consecuencia, de un riesgo permitido, es decir, de la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. En tráfico automotor importa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie, pero se lo autoriza en función de las ventajas que globalmente produce la vida social; LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, p. 643

<sup>52</sup> FEIJOO SANCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 203

<sup>53</sup> *Ibidem*

utilización de energía nuclear<sup>54</sup>; o la actividad generada por una empresa minera que al mismo tiempo de generar beneficios económicos, genera enfermedades cancerígenas entre los pobladores.

Dentro de la dogmática penal, especial discusión merece la constitución física especial de la víctima. La doctrina alemana ha venido discutiendo, sin un golpe a un hemofílico –sin conocer dicha situación- y la posterior muerte de la víctima ha de imputarse objetivamente al autor; o si los adelantamientos peligrosos antirreglamentario que da lugar a un infarto de miocardio como consecuencia de una alteración nerviosa que sufre el conductor adelantado es in injusto penal; Sólo quisiera acotar algunas observaciones al respecto. Buen sector de la doctrina, solucionan estos casos remitiéndose al fin de protección de la norma. Sin embargo, aquí nos remitimos a las críticas que formulamos en su debido momento.<sup>55</sup> Es totalmente evidente que los shocks emocionales producidos a consecuencia de impresiones negativas incumben solamente a quien los sufre, que si se prohibieran todas las conductas que pudieran generar colapsos nerviosos o problemas emocionales, se llegaría a una limitación intolerable de la libertad de conducta<sup>56</sup>. Por eso, cada uno tiene que aprender a soportar las desgracias, desdichas o infortunios que le afecten, lo que desgrava a los demás del deber de tener que contar con esa posibilidad<sup>57</sup>.

Ahora, estos problemas de daños schock pueden ser resueltos satisfactoriamente con una aplicación correcta de la imputación objetiva. Nos parece que el daño representado por el colapso nervioso constituye sólo la realización general de vida, y no la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues a nuestro juicio, lo que permite explicar el resultado producido (ataque de nervios) no es la conducta que generó el riesgo jurídicamente desaprobado (adelantamiento imprudente), sino la forma en que cada persona es afectada por las impresiones negativas que la vida de relación social puede traer consigo. La forma de reaccionar ante esas impresiones negativas de la vida, es pues algo que compete en forma exclusiva al afectado<sup>58</sup>. Sin embargo, alguien que provoca un shock o un ataque de nervios teniendo el conocimiento especial sobre los factores de riesgo especiales en el caso concreto, si infringe su deber de cuidado. De esta manera, quien sabe de la condición hemofílica de otra persona, tiene el deber de evitar acciones riesgosas o movimientos que puedan causarle lesiones, naturalmente su desobediencia supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Es verdad que si alguien sabe de la condición de hemofílico y, sin embargo lo golpea tan fuertemente que le

---

<sup>54</sup> También en este sentido, SAMSOM, Citado por MTNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 135

<sup>55</sup> Vid., Ítem 3.2

<sup>56</sup> Así, FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p.46

<sup>57</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*, p.219

<sup>58</sup> Vid. GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, 7/65

produce la muerte, realiza el tipo si lesiona o mata. Luego, esa afirmación pasa por afirmar que golpear fuertemente a un hemofílico, es un riesgo jurídicamente relevante para la norma y que existe el deber de adecuar la forma de conducción a ciertas circunstancias críticas para evitar lesiones.

## **B.-) PROHIBICIÓN DE REGRESO.-**

.A continuación nos volcaremos a la discusión que existe dentro de la literatura penal, sobre si determinadas actividades que, careciendo de un sentido delictivo unívoco o pudiéndose definir como habitual o inofensivo, es aprovechada por un tercero para realizar sus planes de lesión de bienes jurídicos ajenos, reúne los requisitos objetivos de los tipos de participación.

En la doctrina penal moderna, existen dos soluciones posibles para una fundamentación de la participación: o se formula (renunciando a una imputación accesoria) un injusto propio, autónomo, por el que cada partícipe debe responder por su propio hecho, adquiriendo desde un principio el significado objetivo de cooperación en la ejecución típica, sin necesidad de tener que acudir a la conducta del autor para fundamentar el desvalor de la conducta del partícipe; o, y esta es la segunda alternativa posible, se le imputa al partícipe simplemente el injusto típico ajeno (solución basada en el principio de accesoriedad).

Coherentemente con lo dicho, la tesis del injusto propio del partícipe, se apoya, en el principio de autorresponsabilidad<sup>59</sup>: nadie debe responder por el comportamiento inadecuado de otro, por un injusto ajeno<sup>60</sup>. La idea de que el partícipe no puede responder por el hecho de otro se basa en la idea en que si alguien se ha organizado correctamente y ha hecho un uso legítimo de su libertad organizativa no puede pasar a ser relevante su conducta para el Derecho penal por el mero hecho de que con posterioridad un tercero convierta su acción socialmente adecuada en parte de una organización delictiva. Todos estaríamos a merced de la voluntad de terceras personas. Sin embargo, tener que renunciar a la accesoriedad, no parece razonable, por los siguientes motivos: porque una intervención en el delito mediante una cooperación en la fase preparatoria también es posible. Si quisiéramos construir un injusto autónomo para cada interviniente, de la responsabilidad de quien no llevo a cabo acciones ejecutivas (ni siquiera al estadio de la tentativa), se estaría entonces obligado a declarar injusto el comportamiento que se

---

<sup>59</sup> RGUES MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1978, p. 227; Sobre los conceptos de libertad y autonomía de HEGEL, LARENZ Y HONIG, consúltese la tesis de RUEDA MARTÍN MARIA ÁNGELES, la *Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción*, Bosch, p. 73 y ss.

<sup>60</sup> Véase una exposición del principio de autorresponsabilidad con el de accesoriedad y sus respectivas problemáticas, en PEÑARANDA RAMOS, *la participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, p. 336.

lleva a cabo en la fase previa<sup>61</sup>. Una conducta de participación en un momento preparatorio (dar un veneno al autor) sólo puede ser un ejemplo insoportable desde un punto de vista ético, pero no desde el punto de vista del Derecho penal, porque no existe todavía un hecho típico. Si una conducta supone por si misma un ejemplo insoportable desde el punto de vista del tipo, se trata de una conducta de un autor y no de un partícipe.<sup>62</sup> Aunado a esto, debe ser aclarado, por el contrario, porque deberá quedar impune, el aporte de un interviniente cuando existiendo división en la ejecución del trabajo, no produce la totalidad sino tan solo una parte del injusto típico. Si por ejemplo, se produce en un banco, un robo en forma de división de trabajo, uno de los intervinientes toma el dinero de la caja fuerte, mientras el otro amenaza con un arma. Si se renunciase al peso de una imputación accesoria, uno de los intervinientes sería solo autor respecto del delito de hurto, en tanto el otro le incumbe sólo unas coacciones<sup>63</sup>.

Entonces, a mi modo de ver, la teoría que exige que la conducta del partícipe adquiera desde el principio el significado objetivo de cooperación a un delito sin necesidad de tener que acudir a la conducta del partícipe, por si solo no es capaz de fundamentar adecuadamente la responsabilidad penal de los intervinientes. Es necesario, de acuerdo al artículo 16º de Código Penal Peruano, que el autor llegue al estadio de la tentativa, para que la conducta del partícipe sea penalmente relevante<sup>64</sup>. Por ejemplo, si un sujeto que obtuvo su licencia para portar armas, entra a una taberna, y mira que dos sujetos están en una discusión muy fuerte; el sujeto deja el arma a disposición de los dos sujetos a punto de agarrarse a golpe; Sin embargo, el dejar el arma a disposición de uno de los sujetos no pasa a ser un favorecimiento típico de un homicidio o asesinato hasta que el autor apunta a la víctima con dicha pistola; diferente es el siguiente caso: alguien llega a una ferretería arrastrando a otro de forma violenta y con golpes; le comunica al ferretero (que ve los hechos) que quiere comprar un cuchillo. La entrega del cuchillo ya ha perdido todo sentido delictivo que no sea de facilitar la comisión del un delito. Aquí el autor parece haber comenzado al menos con el estadio de la tentativa, es decir ha comenzado la

---

<sup>61</sup> LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, (Trad. Javier Sánchez- Vera y Gómez -Trelles) en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1995, p.935

<sup>62</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*, p. 345 (nota 9). Quien critica, con acierto, la tesis de SCHUMAN, puesto que no se puede aceptar la transposición –intentado por SHUMANN- de la teoría de la impresión desde la doctrina de la tentativa a la de participación, al fundamentar la solidaridad con el injusto ajeno en que se trata de algo socio-psicológicamente peligroso para la fuerza vinculante del derecho, que es apropiado para impresionar el sentimiento de paz jurídica y que por ello supone un ejemplo insoportable.

<sup>63</sup> LESCH, *Intervención delictiva*, p.936

<sup>64</sup> A favor de un concepto restrictivo de autoría con su consecuente principio de accesoriidad limitada en la participación, véase las consideraciones de: DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, p..253 y ss; También, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p..372. Para este autor, un concepto restrictivo de autor es fácilmente conciliable con los principio de intervención mínima y de legalidad, por permitir una construcción más exacta y estricta de las conductas típicas.

realización del tipo. Cuando el autor ha comenzado la realización del tipo, el favorecimiento del autor suele adquirir el sentido objetivo de cooperación o complicidad<sup>65</sup>.

También, es indispensable, que se de los respectivos tipos objetivos de la figura de la participación. Esta idea esta en consonancia con el desarrollo de una visión normativa del tipo a través de la teoría de la imputación objetiva. Es necesario que se de el tipo objetivo de inducción<sup>66</sup>. De lo redactado en el Art. 24º del Código Penal Peruano, se infiere que para que exista una inducción es preciso que una persona haya determinado, a través de la influencia psíquica, la decisión de realizar el delito en otro<sup>67</sup>. Suele aceptarse que esta influencia psíquica puede consistir en consejos, recompensas, apuestas, provocaciones, precio, recompensa, etc. Es preciso que el inductor haga nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho delictivo. Luego, es necesario que el autor no estuviese decidido a cometer el hecho delictivo, pues, precisamente tiene que ser el influjo psíquico del inductor la que de lugar a que el otro decida la comisión delictiva<sup>68</sup>. La cuestión relevante que aquí interesa no es si el influjo psíquico es o no un elemento del tipo objetivo, sino delimitar que influencias psíquicas en el autor son subsumibles en el Art. 24º del Código Penal Peruano, o por el contrario, son penalmente irrelevantes. Como señalé líneas arriba, la participación por métodos psíquicos debe implicar un consejo técnico que facilite la ejecución del hecho principal, una estabilización o una motivación definitiva en la resolución delictiva. Por ejemplo, si un amigo convence a un marido celoso de que vuelva pronto a casa de manera que descubra in flagrante a su mujer con su amante; o le recomienda una película a un amigo que tiene graves problemas con su mujer, en la cual se narra la organización perfecta de un crimen, no son conductas penalmente relevantes. EL simple crear una situación extrema, llevara cabo una puesta en escena de la que puede surgir la idea criminal, no es suficiente, para apreciar que se ha realizado el tipo objetivo en una inducción.

---

<sup>65</sup> Más complejo, son los casos donde el autor principal ha adoptado la resolución de realizar un delito, se encuentra en la fase de actos preparatorios y existen datos objetivos que lo demuestran: un sujeto va a comprar pan y le comunica al panadero que envenenará a su esposa con el pan. FEIJO SANCHEZ asegura que en un estado respetuoso con la libertad de actuación y consiente de su carácter fragmentario debe pronunciarse a favor de la atipicidad o a favor de la menor penalidad de delito de omisión simple cuando la conducta tiene también un sentido socialmente adecuado. Vid. FEIJO SANCHEZ, *Imputación Objetiva*, p. 403. prosigue FEIJO en que es preciso tener en cuenta las consideraciones del texto para evitar desvalorar penalmente de forma distinta situaciones valorativamente equivalentes, en las que no existe ningún dato normativamente relevante que fundamente un desvalor distinto más allá de la relación naturalística de causalidad. (402)

<sup>66</sup> TORIO LOPEZ, *Naturaleza y ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva*. En: ADP 86, p.45 ss, quien manifiesta la relevancia de determinar los requisitos objetivos de la inducción.

<sup>67</sup> BALDO LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*. En: ADP 89, pp.1093

<sup>68</sup> Para mayor referencias, MIR PUIG. PG. 15/47. Según doctrina mayoritaria, no cabe la inducción en supuestos en los que el autor ya había decidido realizar la conducta que se ha inducido (omnimodo facturus). A no ser que, debido a esa inducción, la persona varíe de forma esencial la forma de realizar el delito de manera tal, que el autor desista de su delito ya decidido e inicie uno nuevo.



### **C.-) PRINCIPIO DE CONFIANZA.-**

El contenido del principio de confianza es el siguiente: aquel que se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque fuese previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas, desde un punto de vista psicológico<sup>69</sup>. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza, el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto entra en juego, el principio de la esfera autónoma del sujeto.

Si no existiese el principio de confianza<sup>70</sup>, actividades como la del tráfico rodado serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respeten el derecho de prioridad a los semáforos, así como tendríamos que contar con la posibilidad de que los peatones crucen imprudentemente las calles; nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos. Cada contacto sería un riesgo incalculable; El Derecho penal se convertiría pues, en palabras de WELZEL, en un mundo museal muerto.

Sin embargo, el principio de confianza se excluye en los siguientes casos: este principio llega a quebrarse cuando hay datos objetivos, sólidos para evidenciar el comportamiento antijurídico de otra persona<sup>71</sup>. Tiene que tratarse de motivos o datos relacionados con la situación concreta. Por ejemplo, la preferencia de paso decae cuando ya se conoce la existencia de otro automóvil en un cruce; o el cirujano sabe que todos los bisturís anteriores de la misma partida le han fallado, o cuando el conductor de un vehículo se percata de que un ebrio intentara cruzar la calle en forma imprudente; son eventos en los cuales el sujeto que reconoce una circunstancia tal no podría invocar el principio de confianza sino que debería adoptar un comportamiento diferente para evitar un resultado dañoso. Sin embargo, no siempre el simple conocimiento de la incorrección de conducta ajena es lo que establece la limitación al principio de confianza. Es necesario determinar hasta donde rigen sus deberes de vigilancia, respecto de la forma como otros desarrollan determinadas actividades. Así por ejemplo, quien como empleado de una fábrica de productos químicos tiene como única función la de abrir periódicamente una esclusa por la cual se vierten determinados residuos líquidos, no crea con su

---

<sup>69</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, *Deber de Cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, p. 113

<sup>70</sup> Sobre el principio de confianza, Vid, WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 188; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, p. 1004 y ss, VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, p. 261; Especialmente como manifestación del principio de la prohibición de regreso, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 253

<sup>71</sup> ARROYO ZAPATERO, *La Protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Madrid, 1981, (nota 30), p.179; REYES, p.147 ; ROMEO CASANOVA, *El médico y el Derecho Penal I: La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981, pág. 76;

conducta un riesgo jurídicamente desaprobado en el evento de que esas aguas residuales contaminen un río, porque son otras personas dentro de la fábrica los encargados de cumplir sus deberes de vigilancia, y evitar de esta manera, ese resultado dañoso. Luego, pese al conocimiento de la peligrosidad de las aguas que son vertidas a través de la compuerta que se abre, puede seguir confiando en que las personas encargadas de ello evitarán la contaminación de las aguas –en virtud de sus deberes de vigilancia que le corresponden a los otros empleados - y por tanto rige para él, el principio de confianza aunque tenga conocimiento de la conducta incorrecta del encargado de la aguas residuales.

EL principio de confianza se excluye, también, cuando el sujeto esta frente a inimputables, o aquellas personas, imputables, que evidencian una incapacidad para protegerse o prestar una diligencia debida. No se puede tener los mismos deberes de cuidado en una situación concreta en donde el conductor de un coche ve en la calzada a una persona que en principio puede prestar unas capacidades estándar para sortear peligros o que vea a una persona muy anciana, o minusválida, por ejemplo. No basta la simple presencia de un niño, un anciano o un minusválido para restringir la operatividad del principio de confianza, sino que deben existir concretos puntos de referencia que indiquen que esas u otras personas se comportarán de una manera diversa a como deberán hacerlo. Luego, es incorrecta la invocación de un “principio de defensa” que limitaría el de confianza por la sola presencia (aun inactiva) de peatones que puedan ser considerados como niños, ancianos o inválidos<sup>72</sup>.

#### **D.-) ACTUACION DE LA VICTIMA E IMPUTACION OBJETIVA**

La Valoración del comportamiento de la víctima dentro del ámbito precisamente de la imputación objetiva se convirtió en un problema dogmático de actualidad a partir de la conocida distinción realizada por ROXIN entre situaciones de participación o cooperación en una auto- puesta en peligro –donde es la propia víctima la que, directa y personalmente, decide voluntariamente y libremente hacer frente al peligro asumiendo las consecuencias-, y situaciones de puesta en peligro de un tercero aceptada por este, o heteropuesta en peligro consentido por otra<sup>73</sup>. ROXIN buscaba diferenciar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa una posición central en el acontecer arriesgado (denominado por ROXIN como autopuestas en peligro de la víctima) de

---

<sup>72</sup> A favor del mencionado “principio de defensa”, Cfr. MIRENIXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente.*, págs. 331 a 333 y 376

<sup>73</sup> Esta diferenciación fue formulada inicialmente por ROXIN dentro del fin de protección de la norma y ahora como dentro del alcance de tipo penal. Vid, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, p. 386

aquellos otros en los que el otro sujeto (el autor) quien es la figura central y la víctima tan sólo está de acuerdo con la actividad arriesgada (produciéndose en este sentido, una heteropuesta en peligro consentida)<sup>74</sup>. Como ejemplo del primero, ROXIN ejemplifica con diversos casos: A Y B se desafían a una carrera de motocicletas. Ambos estaban ebrios, pero todavía eran plenamente capaces. B sufre un accidente mortal durante la competencia por su propia culpa<sup>75</sup>; A da heroína a B para su propio consumo, ambos saben cuáles son los peligros que emana de la droga. B se inyecta y muere<sup>76</sup>. En casos de heteropuestas en peligro consentida, propone el caso de barquero. Un pasajero quiere que el barquero lo lleve al otro lado del río Memel, pese al fuerte temporal. El barquero desaconseja hacerlo y le advierte sobre los peligros. El pasajero persiste en su deseo, el barquero se atreve a realizar la empresa, el bote hunde y el pasajero se ahoga.<sup>77</sup> Para argumentar la impunidad en casos de autopuestas en peligro, la doctrina alemana recurre a los siguientes argumentos: la primera es de naturaleza meramente formal. Puesto que para el Derecho alemán es fundamentalmente impune la participación en el suicidio, es decir, la participación en una muerte dolosa causado por uno mismo, o también la autolesión dolosa, la participación en una propia puesta en peligro tampoco puede ser punible (argumento de la participación)<sup>78</sup>. ROXIN emplea este argumento para indicar que “si se puede provocar impunemente lo mas (autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (autopuesta en peligro)<sup>79</sup>. Sin embargo, esta argumentación ha sido severamente criticada, por partir - como así señala CANCIO MELIA- de su limitación al Derecho positivo alemán, como por partir de presupuestos internos incoherentes<sup>80</sup>.

La segunda línea argumentativa soslaya, por el contrario, que el punto de partida reside en el principio general de accesoriedad de la participación. Si la autopuesta en peligro no esta sancionada penalmente y no existe una norma especial que incrimine la participación, ésta será impune.<sup>81</sup> Sin embargo esta línea argumentativa, tampoco se ve liberada de críticas. El defecto

---

<sup>74</sup> Vid. en este sentido, CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Barcelona, 1998, p.182 y ss.

<sup>75</sup> Vid. ROXIN, *La ulterior imputación al tipo objetivo* en *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (Trad. Manuel Abanto Vázquez. Incluye artículo introductorio de la Dra. Paz de la Cuesta Aguado), p.133

<sup>76</sup> Vid. ROXIN, *La ulterior imputación.*, p.135

<sup>77</sup> Vid. ROXIN, *La ulterior imputación.*, p. 143

<sup>78</sup> Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, p.357; CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p.189 y ss.

<sup>79</sup> Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, p. 387

<sup>80</sup> Las criticas severas con relación a un análisis detenido del argumento a Maggiore ad minus, CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p.192 y ss.

<sup>81</sup> Esta posición es mantenida en España, por LUZÓN PEÑA. Vid., sobre ello, CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p.200. Asumiendo la posición de LUZÓN PEÑA, GARCIA ALVAREZ, *La puesta en peligro de la vida e integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999. Esta autora considera que el camino correcto para diferenciar las autopuestas en peligro de las puestas en peligro por tercero consentidas pasa por delimitar las esferas de autoría y participación y que la caracterización de una conducta como autolesiva o como autopuesta en peligro ha de

prácticamente más funesto esta en querer determinar la imputación objetiva (creación de un riesgo mediante la prohibición de regreso) con base en la autoría. Lo que fundamenta sin duda la autoría y participación, es la relación de imputación. Además, no se puede trasladar automáticamente una institución de un determinado ámbito problemático a otro distinto. Por ejemplo, la distinción entre coautoría y cooperación necesaria tiene en muchos casos un carácter formal dependiente de la formulación típica. Se llevan a cabo traslaciones de criterios de forma demasiado automática sin tener en cuenta las diferencias materiales que pueden existir.<sup>82</sup> Sumado a estas críticas, cabe resaltar que muchos autores que se pronuncian a favor de un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, al resolver la cuestión de la participación en una autopuesta en peligro, admiten una derogación parcial de este criterio, aplicando de manera encubierta la teoría del dominio en hecho en este sector.<sup>83</sup>

Entonces, ni la distinción entre autolesión y heterolesión basada en el dominio positivo y objetivo del hecho - a mi modo de ver esto, la distinción carece de relevancia, pues no se trata de una fundamentación fenomenológica, sino normativa.- ni los criterios de delimitación entre autoría y participación- si la tipicidad de la conducta depende de la asunción del riesgo por parte de la persona lesionada, el alcance del tipo pasa a ser arbitrario y casual dependiendo en exclusiva de lo inconsciente, imprudente y temerario que sea el titular de los bienes jurídicos afectado, incurriendo la teoría del consentimiento en una cierta lotería penal” en la que la responsabilidad penal depende absolutamente de un tercero- ofrecen una respuesta satisfactoria a esta problemática. Luego, es necesario demostrar con criterios normativos dotados de la propia imputación objetiva, que el que contribuye a una autolesión en peligro es desplazado por una especial intervención por parte de la víctima<sup>84</sup>, teniendo como criterios decisivos el principio de autorresponsabilidad y la delimitación de ámbitos de decisión. En cuanto al principio de autorresponsabilidad, CANCIO, luego de criticar a FRISCH y a ZACZYK<sup>85</sup>, llega a la conclusión

---

realizarse de acuerdo con el criterio que se emplee para delimitar la autoría de la participación (p.107, 250 y ss). GARCIA ALVAREZ entiende que “existirá una autopuesta en peligro cuando el titular del bien jurídico arriesgado determine objetiva y positivamente por sí, a través de otro del que se sirve como instrumento o junto con otro (s), de común acuerdo, la conducta de riesgo” (p.161) o “cuando interviniendo en ella. Voluntariamente, el titular del bien jurídico arriesgado (queriendo ponerse en peligro e, incluso, contribuyendo activamente la conducta de riesgo), fuese únicamente el tercero el que ostentase el dominio del hecho entendido como determinación objetiva del curso de los acontecimientos” (p.369)

<sup>82</sup> Véase, para mayores referencias, las acertadas críticas a la tesis de GARCIA ALVAREZ, que hace FEIJOO SÁNCHEZ, en *Imputación Objetiva*, p. 464 y ss.

<sup>83</sup> Vid., CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p. 197. Coincidiendo con las críticas de CANCIO MELIA, GARCIA CAVERO, P., *La imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes* (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema del 13 de abril de 1995, R.N. n° 4288-79), p.203

<sup>84</sup> Vid., así CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, Barcelona, p. 197

<sup>85</sup> ZACZYK concibe a l principio de autorresponsabilidad como un concepto pre jurídico, que trata de explicar y dota de contenido partiendo de la filosofía practica de KANT. Así, considera que este principio tiene un significado positivo y general e independiente de la existencia de una norma jurídica, al que no se le ha dado un significado originario ni del que

de que a los titulares de los bienes jurídicos personales debe atribuírselos una posición especial. Si el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes jurídicos no es reprimido por el Derecho Penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional de por normas especiales, parece entonces claro, en primer lugar, que queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere sus riesgos para sus propios bienes. En este sentido, será el titular de esos bienes quien debe determinarse como manejarlos<sup>86</sup>. Como correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, sin embargo, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que se puede evitar de ellas. La especial relación que une al titular con sus bienes también debe manifestarse, entonces, en segundo lugar, en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se pueden generar. Lo contrario sería privar al titular de su ámbito de organización, e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de manera expresa, no existe. Ahora bien, como señala CANCIO, esa autorresponsabilidad preferente de la víctima no supone una desprotección de la víctima, y por ello precisamente, también está sujeto a unos límites. En este sentido, CANCIO sostiene que los límites del principio de autorresponsabilidad preferente de la víctima, se encuentran en la instrumentalización de ésta por el autor, es decir, cuando la víctima no sea responsable por concurrir defectos de responsabilidad o defectos cognitivos que colocan en situación de superioridad al autor. La víctima es responsable, preferentemente, dentro de su ámbito de organización, pero no es responsable exclusivo, por lo que en determinados supuestos será el tercero interviniente el que rompa esa relación de preferencia del titular con sus bienes jurídicos, debiendo ser declarado el

---

se ha agotado su sentido jurídico. El fundamento de este concepto prejurídico, lo encuentra en la libertad. Una libertad autónoma, presidida por la autodeterminación, de tal modo que la persona no actúa según las leyes, sino que, como ser racional, según la representación de las leyes, es decir, tiene una voluntad, y esa voluntad, debe actuar inspirada por el imperativo categórico Kantiano, buscando la generalidad, es decir, que su actuación se oriente a la consecución de su conversión en una ley general, de tal modo, que el “imperativo categórico sea la ratio cognoscendi de la libertad, y ésta la ratio essendi del imperativo categórico. Por estas razones, ZACZYK, considera que la autorresponsabilidad tiene un doble significado: por un lado, se trata del uso de libertad de uno, y, por otro lado, se valora la corrección jurídica de su actuación a través del respeto de la libertad del otro. Sin embargo, CANCIO hace las siguientes observaciones a la tesis de ZACZYK: “No queda acreditado por qué razón el horizonte de referencia de la autorresponsabilidad debe quedar limitado al contexto creado y dominado de modo consciente por la víctima...la propuesta de ZACZYK se presenta, entonces, como una teoría de la imputación a la víctima que se detiene en la imprudencia consciente (270)”. La conclusión de CANCIO es la siguiente: “la tajante exclusión del ámbito relevante de los supuestos de desconocimiento de la situación de riesgo por parte de la víctima simplifica en exceso una problemática que requiere un tratamiento más diferenciado que la mera afirmación de la irrelevancia de toda conducta de la víctima sin referencia subjetiva a los elementos de riesgo” (p.271). o. en fin, el principal reproche que le hace CANCIO A ZACZYK es que su concepto de autorresponsabilidad es un concepto muy subjetivo e individual. (p. 47). Véase, para un análisis agudo de la posición de ZACZYK respecto del principio de autorresponsabilidad y su aplicación al ámbito de la teoría de la imputación objetiva, en: RAQUEL ROSO CADENILLAS, *Autoría mediata, Imputación Objetiva, y Autopuestas en Peligro. A propósito de la delo STS.26-02-200 (A1149)*. Ponente. Excmo. Sr. Dr. Enrique Bacigalupo Zapatero. p.17y18, en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/noviembre05/AUTORIA\\_MEDIATA.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/noviembre05/AUTORIA_MEDIATA.pdf).

<sup>86</sup> CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p. 390

único responsable Por ello, teniendo en cuenta el punto de vista valorativo, que es el papel que desempeña el principio de autorresponsabilidad en la posición de CANCIO, considera que la delimitación dogmática del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima es un problema de tipicidad, mas concretamente de imputación objetiva. Así, la regla general será la responsabilidad de la víctima, a no ser que el tercero ocupe una posición especial de garantía<sup>87</sup> frente a los bienes de la víctima, o esta se encuentra en una situación en la que se ve compelida a la realización de la conducta arriesgada en virtud de un comportamiento que de algún modo fuerza a ella<sup>88</sup>.

Sin embargo, el principal problema de la tesis de CANCIO, radica en que no –y así lo ha expresado FEIJO SANCHEZ- es posible determinar todo esto con criterios dogmáticos mínimamente seguros. ¿Por qué en los supuestos de contactos sexuales con posibilidad de contagio solo viene definido de modo implícito como contacto sin riesgos (conocidos por el sujeto infectado) en relación con la transmisión de enfermedades una relación personal intensa como puede ser matrimonio o una reacción amorosa similar y no los contactos esporádicos entre sujetos con una relación tan contingente que no puede estimarse que contenga la definición como inocua?<sup>89</sup>. A mi modo de ver, cuando la víctima haya tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación del peligro, aunque ésta pierda posteriormente el control por causas imputables sólo a ella misma y no al tercero, se le debe imputar este riesgo a la víctima. En general, hay que afirmar que una decisión conciente de la peligrosidad de lo que asume o que se pueda considerar como descuidada con sus propios bienes jurídicos debe tener como consecuencia normativa que el hecho sólo se pueda imputar a ésta, salvo que el derecho disponga lo contrario con norma especiales. Luego, no existirá un homicidio, por ejemplo, mientras que el fallecido tenga el poder de decisión y el tercero no incurra en ningún exceso.<sup>90</sup> En este sentido, el principio de autoresponsabilidad, sirve para interpretar el alcance del tipo, determinando cuando una persona que se lesiona es instrumento o responsable de su actuación. En sentido contrario, si el riesgo no es consecuencia de una decisión consciente o descuidada de la víctima sino sólo del tercero no podremos hablar de una autolesión atípica. Así por ejemplo, el pasajero que va a tomar un taxi, ha sido avisado, por otra persona, que el taxista

---

<sup>87</sup> CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*. p.280, 308

<sup>88</sup> CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p.347 ss. CANCIO propone en la teoría del tipo, un criterio de imputación a la víctima o de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva, en concreto con relación a la imputación del comportamiento. Se trata de un problema del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes como barrera de imputación previa a la consideración del lado subjetivo. CANCIO engloba sin muchos problema su posición con la teoría de la alcance del tipo de ROXIN como tercer eslabón dentro de la imputación objetiva.

<sup>89</sup> FEIJO SÁNCHEZ, *Imputación Objetiva*, p.460

<sup>90</sup> HELGERTH, PRITTWITZ, SCHÜNEMANN, KREY, citados por FEIJO SÁNCHEZ, *Imputación*. p.496

sufre de epilepsia, y que le da constantes ataques producto de su enfermedad. Pero el taxista realiza una maniobra extremadamente peligrosa que no tiene nada que ver con su estado epiléptico. En este caso, el primer riesgo es consecuencia de una decisión de la víctima, pero el segundo no.

A manera de llegar a una conclusión, el resultado es imputable a la víctima si ha atravesado la frontera de la pérdida de control o consciencia de forma libre y responsable, aunque lógicamente, haya perdido la consciencia, el sentido o control. En este sentido, hay que resaltar la contribución de JAKOBS, quien considera que el criterio decisivo para diferenciar aquellos supuestos que son incumbencia de la víctima de aquellos que son de exclusiva incumbencia de un tercero es el “dominio de la decisión”<sup>91</sup>., incluso en aquellos supuestos en los que un tercero tiene el dominio sobre la configuración fáctica del hecho. Por tanto, cuando ese “dominio sobre la decisión” es arrebatado por un tercero ya no es posible imputar el riesgo o el resultado producido a la víctima ya que, como podemos observar, ya no es posible hablar de autorresponsabilidad.

Es también, sumamente interesante el conocido caso del puente: un empresario decidió organizar en la localidad de Caraz (Ancash) un festival de rock denominado “rock en Río. El lugar elegido para la realización del mencionado festival fue una explanada a campo abierto por las inmediaciones de un puente colgante ubicado sobre el río Santa. Para ello el organizador obtuvo el permiso de la autoridad competente, a la vez que tomó ciertas medidas de seguridad. Mientras se desarrollaba el festival un grupo aproximado de cuarenta personas en estado de ebriedad se dispusieron a bailar sobre el mencionado puente colgante, ocasionando el desprendimiento de uno de los cables que los sujetaba a los extremos produciéndose la caída del puente con sus ocupantes sobre las aguas del río Santa. La decisión de la Corte Suprema, fue la de absolver al acusado del cargo de homicidio imprudente. En la sentencia del máximo Tribunal se dice que “la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataformaailable....más adelante indica que se trató, en todo caso, de “una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos, el obrar a propio riesgo tiene una eficacia excluyente del tipo penal”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> JAKOBS, PG 2<sup>a</sup>, 7/130, 21/56 ss., 21/78 a.

<sup>92</sup> Vid., SCS de 13 de abril de 1998, R.N. n° 4288-97. Asimismo, es digno de resaltar la exposición y desarrollo crítico del profesor GARCIA CAVERO respecto de esta sentencia. GARCIA (En La imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes, p.198) alega, perfectamente, que no es una regla de experiencia la que determina la inexistencia de un deber de cuidado, sino el principio de confianza que permite al organizador del festival confiar en que el puente será utilizado como vía de acceso y no como plataforma de baile. Asegura además GARCIA que si bien la sentencia no precisa el fundamento de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro, la opinión de la doctrina es casi unánime al afirmar esta impunidad. En su opinión, esta impunidad se debe a que las posibles contribuciones del organizador del festival no desplazan en el caso concreto la competencia de la víctima para dominar el peligro. GARCIA (p.204) señala que

Lógicamente, siguiendo los postulados aquí desarrollados, esa impunidad se debe a que las víctimas han tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo, teniendo como consecuencia normativa que el hecho sólo se pueda imputar a estas y no al procesado –organizador del baile-. En otras palabras, el resultado no es imputable al organizador del baile, porque son las propias víctimas los que han atravesado la frontera de la pérdida de control o conciencia de forma libre, de tal manera, que podemos afirmar ya la existencia del “dominio de la decisión” por parte de éstas. Luego, si ese “dominio de la decisión” hubiese sido arrebatado por el organizador del baile, ya no podremos aquí, hablar del principio de autorresponsabilidad

El otro aspecto que entra en análisis, es respecto de aquellos casos donde existe una relación de instrumentación y convertir, posteriormente, la autolesión en una puesta en peligro dominada o determinada por el sujeto de atrás. En estos casos, donde la víctima ha sido instrumentalizada por el autor por carecer de responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada autorresponsable, CANCIO se manifiesta a favor de la autoría mediata. Resulta interesante destacar que este autor,<sup>93</sup> no parte de un concepto fáctico del dominio del hecho ya que resalta como “no son los hechos desnudos, una mera superioridad fáctica del autor frente a la víctima la que puede determinar la atribución de responsabilidad, sino la determinación de ámbitos de responsabilidad que derive de esa situación fáctica”. En este caso, CANCIO considera que lo más correcto es proceder a una ampliación analógica del estado de necesidad exculpante<sup>94</sup>.

Para los efectos del caso, es muy gráfica la sentencia del Tribunal Supremo Español del 17 de septiembre de 1999. Los antecedentes de hecho fueron los siguientes: entre el acusado Federico R.T y Francisco Manuel hubo una discusión, que posteriormente derivó en una pelea al propinarle Francisco Manuel un tortazo a Federico, como consecuencia de un comentario que había efectuado, tirándole al suelo. Este se levantó y cogió una silla de plástico de la terraza, momento en que también la asió Francisco Manuel, llevando a cabo un forcejeo entre los dos, cayendo este último al suelo a causa del fragor de la pelea, y sufriendo como consecuencia de la caída una fractura subcapital del hombro derecho. En los fundamentos de hecho, la sentencia del 17/12/1999 argumenta lo siguiente: “Que la fractura subcapital del hombro derecho se ha producido porque el perjudicado –Francisco Manuel- se ha introducido por propia decisión en la situación peligrosa que el mismo provocó con su primera agresión.” Para que no queden dudas,

---

para establecer si la víctima tiene un papel determinante que permite imputarle de manera exclusiva la realización de un hecho lesivo es necesario tener en cuenta, primeramente, la contribución del partícipe y precisar su relevancia sobre el posterior desarrollo de los hechos.

<sup>93</sup> CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima*, p. 354

<sup>94</sup> CANCIO MELIA., *Conducta de la víctima*, p. 361



vuelve a aclarar que "...es la propia víctima la que, con su comportamiento anterior (golpe propinado al acusado), provocó que este cogiera una silla de plástico, que podría ser considerada peligrosa para aquella...".

El Tribunal Supremo trata de fundamentar la imputación del resultado, en el ámbito de responsabilidad de la víctima, invocando el criterio de la asunción del riesgo o autopuesta en peligro de la víctima –término que no aceptamos, puesto que a nuestro modo de ver, no existe distinción entre autopuesta o heteropuesta en peligro-, con lo que formalmente ubica la cuestión fuera del ámbito de causalidad estricta trasladándola al marco normativo propio de la imputación objetiva del resultado para decidir aquí la relevancia típica de los diversos comportamientos intervinientes. Pero eso no es así. Si el T.S fuera coherente con el planteamiento teórico del que dice partir y con los criterios que dentro del mismo pretende aplicar (autopuesta en peligro de la víctima), tendría que haber llegado no a las soluciones que propone sino precisamente a las opuestas. Lo correcto hubiese sido negar la existencia de autopuesta en peligro de la víctima y, por tanto, imputar el resultado al autor en este caso<sup>95</sup>. Si bien es cierto que la víctima era plenamente consciente del peligro para su identidad física que asumía al enfrentarse con el autor; pero otra cosa muy distinta es que aceptara voluntaria y libremente dicho enfrentamiento, cuestión que el Tribunal ni siquiera se planteó<sup>96</sup>. El criterio de la autolesión en peligro sólo opera para excluir la responsabilidad del autor cuando la víctima decide voluntariamente y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias.

No parece que los hechos de esta sentencia deban ser interpretados como una autolesión voluntaria de la víctima que permita la imputación objetiva del resultado a su ámbito de responsabilidad. De un lado, porque resulta más complejo el recurso automático a una definición del hecho como autolesión o autopuesta en peligro cuando un tercero ha creado un riesgo para

---

<sup>95</sup>A mi modo de ver, en esta sentencia el Tribunal Español valoró únicamente el comportamiento de la víctima e ignoró de forma absoluta el riesgo creado por el otro interviniente en los hechos. La sentencia del 17/09/1999 es la que insiste en este extremo, al considerar "...que la fractura subcapilar...se ha producido porque el perjudicado se ha introducido por propia decisión en la situación peligrosa que él mismo provocó con su primera agresión..." Tal forma de parecer recuerda bastante a la regla versarista en virtud de la cual el que es causa de la causa es causa del mal causado, o, en el mejor de los casos, a las teorías individualizadoras de la causalidad que trataban de distinguir entre causa y condición. En este mismo sentido se ha pronunciado GIMBERNET, criticando a las teorías individualizadoras: "...en sede de la causalidad, que es donde sistemáticamente se fundamenta nuestros Tribunales Penales, la conducta del autor o de la víctima es causal o no lo es, pero no se puede decir que haya conductas más causales, principales, preponderantes o eficientes que otros que serían simplemente favorecedoras o auxiliares respecto del resultado...". Vid., En *Delitos Cualificados por el resultado y Causalidad*, p. 94 y 95.

<sup>96</sup>Vid, en este sentido, las críticas a la Sentencia del Tribunal Español del 17 de septiembre de 1999, TISNADO SOLÍS, *Análisis dogmático sobre la Imputación Objetiva y el ámbito de responsabilidad de la víctima en la doctrina de Sentencia del Tribunal Supremo Español del 17/09/1999*, p. 58 y ss.

los bienes jurídicos de otra persona<sup>97</sup>. De otro lado, porque no basta para definir una situación como autolesión –El Tribunal Español argumenta una supuesta autopuesta en peligro- la comprobación de que la víctima simplemente era conciente del peligro que asume al ejecutar su acción, como parece que pretende la sentencia que estamos comentando, sino que es necesario además comprobar si la conducta de la víctima se ve compelida por la del autor en términos que excluyan su autorresponsabilidad; es decir, se trata de interpretar la conducta del autor para averiguar si “fuerza” la conducta de la víctima<sup>98</sup>.

En efecto, y tal como ha señalado CANCIO MELIA, en aquellos casos en que pueda afirmarse que el comportamiento del autor genera una situación en la que el posterior comportamiento de la víctima aparece explicado por esa conducta inicial, como parte de una misma unidad de sentido impuesta por el autor, podría considerarse que esta es objetivamente imputable en relación con la lesión sufrida. Para poner de manifiesto esta situación, dicho autor trae a colación el “caso del salto del camión” (STS, 08 de noviembre de 1991, RA 8298), en el que habría que analizar “...si el comportamiento del conductor es en este sentido la base de la conducta de autopuesta en peligro de la joven, o, formulado desde la perspectiva de la víctima, si ésta se encuentra en una situación en la que pueda afirmarse que su decisión –saltar del camión- ha sido llevada a cabo de modo responsable. Entonces, para saber si nos encontramos o no ante una autolesión en peligro voluntario es preciso tener en cuenta, cosa que no hace el Tribunal Español en esta sentencia, aquellos supuestos en los que, como acertadamente dice CANCIO MELIA, la falta de autorresponsabilidad de la víctima – y la posibilidad de imputar el suceso al autor- puede generarse también porque ésta se encuentra en una situación en la que se ve compelida a la realización de la conducta arriesgada en virtud de una conducta del autor que de algún modo –dicho, de momento, en términos aproximativos- la fuerza a ello<sup>99</sup>. Y en el mismo sentido ha insistido más recientemente FEIJOO SÁNCHEZ, al considerar que no existía una autolesión cuando alguien autopone porque un tercero ha creado o le es imputable una situación de necesidad en la que la única salida racional que le queda al titular de los bienes jurídicos es autolesionarse o autoponerse en peligro<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> FEIJOO SANCHEZ, B., *Actuación de la Víctima e Imputación Objetiva (Comentario a la STS. de fecha 17 de septiembre de 1999)*, en Revista de Derecho Penal y criminología, 2ª época, N° 05 (2000), p.266

<sup>98</sup> CANCIO MELIA, *Conducta de la Víctima.*, p. 342

<sup>99</sup> CANCIO MELIA, M., *Conducta de la Víctima.*, p. 360

<sup>100</sup> FEIJOO SANCHEZ, B., *Actuación de La Víctima.* p. 313